

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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



Código
Philippino
1763

nº 73 jul./set. 2019

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral
Agnaldo Alves
Controle Administrativo
Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Revisão

Bruna Paiva
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

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

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Cíveis e Institucionais

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

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

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

Virgílio Panagiotis Stavridis
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

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

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

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

Pelos Promotores de Justiça

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

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

Ertulei Laureano Matos
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

• • •

**Centro dos Procuradores de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro**

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em sua 73ª edição, traz para o debate jurídico temas instigantes e atuais, tratados com inegável rigor científico. É o caso da “alienação parental”; da alteração promovida na redação original do Novo Código de Processo Civil pela Lei nº 13.256, ao retornar com o “duplo juízo de admissibilidade para os recursos especiais e extraordinários”; da compreensão de algumas vicissitudes decorrentes da exigência de prévia “aprovação em concurso público” como requisito indispensável ao provimento da maior parte dos cargos efetivos; da técnica de “julgamento colegiado”; do respeito ao contraditório e suas íntimas relações com o dever de fundamentação das decisões judiciais; do conteúdo normativo e dogmático do “art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, que impõe ao juiz o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão; das “inferências probatórias” como compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos, aplicados aos Tribunais; do “associativismo judicial”; de uma visão jurídica sobre a “doação de órgãos”; da “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública”; e do regime processual do “litisconsórcio”.

No observatório jurídico desta edição, dois constitucionalistas, Emerson Garcia e Jorge Miranda, respectivamente, discutem “A busca pela solução consensual de conflitos na tutela coletiva: faculdade ou obrigação do Ministério Público?”, e “Ética republicana e cidadania solidária”. No âmbito tributário, nosso consagrado autor, Ives Gandra, discorre sobre o tema “Indicação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República”. Outro emblemático artigo, intitulado “A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história”, fecha a seção.

A prática cotidiana dos membros do Ministério Público é retratada em duas peças: a primeira expressa um posicionamento acerca da destinação de recursos de eventuais condenações em ações civis públicas ao Fundo Especial de Ordem Pública, instituído pela Lei nº 6.235/2017; a segunda é o parecer que envolve conflito de atribuição entre Procuradoria de Justiça Cível e Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, no tocante à atuação em ação civil pública proposta por associação que visa à tutela de direitos individuais homogêneos.

A personalidade em destaque na “Memória Institucional” envolve dois civilistas: Norton Esteves e David Milech, renomados e proficientes nomes que enriqueceram a trajetória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Na seção de jurisprudência, são destacados seletos julgados do Supremo Tribunal Federal, com ênfase para os seguintes temas: suspensão dos direitos políticos de condenado por uso de documento falso; a reclamação e a aplicação excepcional da teoria dos motivos determinantes; e ação direta de inconstitucionalidade envolvendo lei do Estado de São Paulo que declarou em regime de extinção a carteira de previdência das serventias não oficializadas da Justiça daquele Estado. Do Superior Tribunal de

Justiça, são trazidos à baila os seguintes temas: cumprimento de pena em prisão domiciliar quando existe vaga em estabelecimento prisional, interpretação restritiva do foro por prerrogativa de função e análise da admissibilidade recursal.

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

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Projeto de Lei nº 10639/2018: uma consequência do total desconhecimento sobre a Lei nº 12.318 de 2010 <i>Débora dos Santos Woltz</i>	17
O artigo 1.030 do CPC e a busca por uma interpretação adequada: meios para superação de precedentes <i>Dierle Nunes</i> <i>Marina Carvalho Freitas</i>	27
Provimento de cargos efetivos sem concurso público: reflexões sobre declaração de nulidade, prazo e segurança jurídica <i>Emerson Garcia</i>	79
Contraditório, fundamentação e técnica de julgamento colegiado: violação do contraditório (e ao dever de fundamentação), da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica com o sistema de “votação global” <i>Felipe Barreto Marçal</i>	93
Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Rafael Alexandria de Oliveira</i>	115
As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos <i>Janaina Matida</i> <i>Rachel Herdy</i>	133
Juízes, liberdade de associação e sindicatos <i>Jorge Miranda</i>	157
Transplante de órgão e doador falecido sem documento com foto <i>José Marinho Paulo Junior</i>	173
Fundamentos e controvérsias do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846/2013 <i>Marcelo Zenkner</i>	181
O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio <i>ad processum</i> ao litisconsórcio <i>ad actum</i> <i>Ravi Peixoto</i>	195

Observatório Jurídico

A busca pela solução consensual de conflitos na tutela coletiva: faculdade ou obrigação do Ministério Público? <i>Emerson Garcia</i>	221
Indicação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República <i>Ives Gandra Martins</i>	225

Ética republicana e cidadania solidária <i>Jorge Miranda</i>	229
A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história <i>Matheus Muniz Guzzo</i>	233

Peças Processuais

Parecer Administrativo. Consultoria Jurídica. Procuradoria-Geral de Justiça. Análise sobre a possibilidade de “destinação de recursos de eventuais condenações em ações civis públicas” ao Fundo Especial de Ordem Pública, instituído pela Lei nº 6.235/2017. <i>Emerson Garcia</i>	241
Parecer Judicial. Manifestação do Ministério Público. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais – Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível. Conflito negativo de atribuição em matéria cível suscitado pela 2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara Cível em face da 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar em Ação Civil Pública proposta por associação que visa à tutela de direitos individuais homogêneos. <i>Marlon Oberst Cordovil</i>	245

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória	255
Dois Civilistas e o Ministério Público: Dr. Norton Esteves e Dr. David Milech	257

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Recurso Extraordinário nº 601.182 / Minas Gerais. Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. Autoaplicação. Consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Natureza da pena imposta que não interfere na aplicação da suspensão. Opção do legislador constituinte. Recurso conhecido e provido. <i>Plenário, 08.05.2019</i>	281
--	-----

Jurisprudência Cível

Reclamação nº 22.328 / Rio de Janeiro. Direito Constitucional. Agravo Regimental em Reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. <i>Primeira Turma, 06.03.2018</i>	331
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.420 / São Paulo. Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Extinção da Carteira de Previdência das serventias não oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo. Proteção dos direitos adquiridos. Direito à contagem recíproca do tempo de serviço. <i>Plenário, 16.11.2016</i>	365

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Recurso Especial nº 1.710.674 / Minas Gerais (2017/0306192-0). Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Execução penal. Determinação de cumprimento de pena em prisão domiciliar, quando inexistente vaga no regime de cumprimento de pena adequado ao executado ou estabelecimento prisional compatível com o previsto em lei. Inexistência de violação do art. 117 da Lei de Execuções Penais. Aplicação do novo entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 641.320/RS.
Terceira Seção. 22.08.2018.399

Questão de Ordem na Ação Penal nº 874 / Distrito Federal. Processo penal. Denúncia. Questão de ordem. Governador. Mandatos sucessivos. Prerrogativa de foro. Interpretação restritiva. Redução teleológica. Art. 105, I, "a", da CF/88. Finalidade da norma constitucional.
Corte Especial. 15.05.2019.419

Jurisprudência Cível

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.114.487 / Distrito Federal. Processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Violação do arts. 489 e 1.022 do CPC. Ausência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão estadual. Art. 1.026, §3º, do CPC. Falta de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Termo inicial do prazo prescricional. Teoria da actio nata. Consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta corte. Súmula 83/STJ. Prescrição. Inépcia da inicial. Reexame de matéria probatória. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Falta de cotejo analítico. Dissídio não configurado. Agravo não provido.
Quarta Turma. 11.06.2019.435

Noticiário

Consultor Jurídico do MPRJ, Promotor de Justiça Emerson Garcia, representa CNPG em audiência pública no Senado sobre a Reforma da Previdência457

MPRJ adere à Rede Nacional de Corregedorias em evento na Controladoria-Geral da União459

MPRJ conquista a segunda colocação no Prêmio CNMP 2019461

MPRJ empossa novos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça463

MPRJ empossa novos Promotores de Justiça465

MPRJ participa de reunião com Ministro da Justiça e defende veto integral à Lei de Abuso de Autoridade467

MPRJ realiza 1ª Sessão Extraordinária do Órgão Especial de 2019469

MPRJ realiza o curso "Formulário FRIDA – avaliação de risco em casos de violência doméstica contra mulheres"471

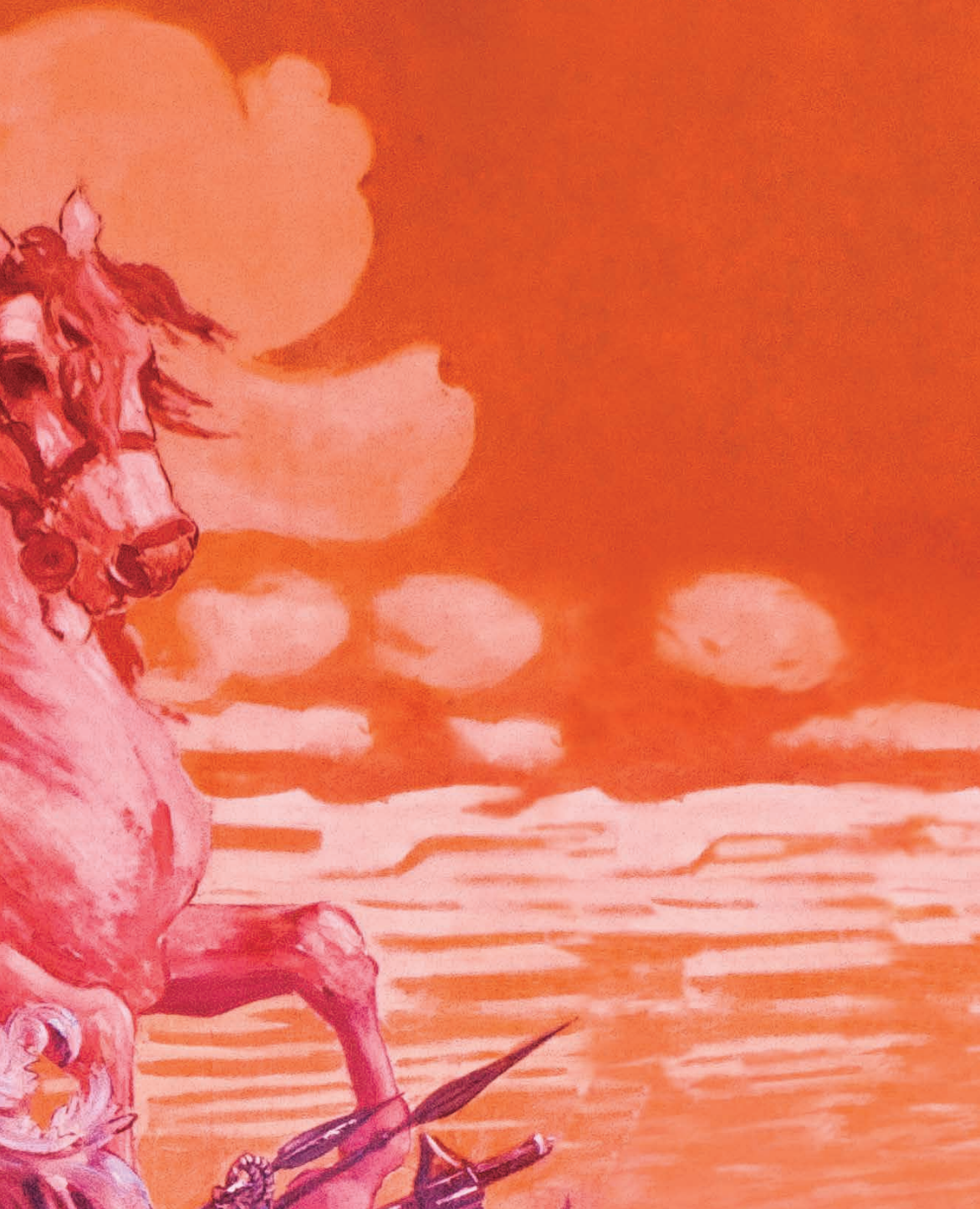
Ouvidoria Itinerante do MPRJ completa uma década de atividades473

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO477



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Projeto de Lei nº 10639/2018: uma consequência do total desconhecimento sobre a Lei nº 12.318 de 2010

Law 10639/2018: a consequence of total ignorance of Law 12.318 of 2010

Débora dos Santos Woltz*

Sumário

1. Introdução. 2. Alienação Parental. 3. Origem histórica. 4. Breve análise da Lei nº 12.318 de 2010. 5. Projeto de Lei nº 10639/2018: o que mudaria com a sua aprovação? 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo trata do Projeto de Lei nº 10639/2018 que pode mudar o cenário atual envolvendo casos de alienação parental, pois tem como objetivo a revogação da lei que trata de forma específica sobre este assunto. Ocorre que, com o aumento das separações judiciais, tivemos uma explosão de casos envolvendo alienação parental e isso impulsionou a criação e a aprovação da Lei nº 12.318 de 2010, a lei da alienação parental. Desta maneira, se trouxe para o cenário jurídico a interpretação formal do que consiste esta prática. Com isto, a nova lei deu um norte ao Poder Judiciário, garantindo uma melhor atuação em casos que envolvam a alienação parental, algo que parece ser totalmente distorcido quando vemos a elaboração de um projeto de lei tentando revogar uma lei que foi criada com o intuito de “proteção”, tendo como o seu principal objetivo a manutenção da participação dos pais na criação dos seus filhos.

Abstract

This article deals with the Draft Law 10639/2018 that is changing the scenario for cases of parental alienation, as it has the objective of repealing the law that deals with decision-making on this subject. It occurred with the increase of the judicial decisions, in a first case of parental alienation law and this one impelled the creation and the approval of the Law 12.318 of 2010, law of the parental alienation. In this way, this practice was applied to this practice. With this, a new law gave a north to the Judiciary, ensuring a better analysis in cases that involve a parental alienation, something that seems to be

* Pós-Graduada em Direito de família, mediação e soluções alternativas de resolução de conflitos. Advogada.

totally distorted when there is an evolution of a bill trying to revoke a law that was created with the intention with the main objective of maintaining the participation of parents in raising their children.

Palavras-chave: Projeto de lei. Alienação parental. Falsas denúncias. Abuso sexual. Direito de Família.

Keywords: *Bill. Parental alienation. False accusations. Sexual abuse. Family law.*

1. Introdução

A alienação parental é um tema que vem ganhando relevância nos últimos anos devido ao aumento significativo de separações judiciais. Ocorre que essa prática em alguns casos, principalmente naqueles que envolvam a disputa da guarda dos filhos, vem acompanhada de falsas denúncias, ocasionando, na grande maioria, processos penais injustos e penosos para o genitor e para a criança envolvida.

O processo de alienação parental começa com um objetivo muito claro, que é o de afastar a qualquer preço o genitor ou a genitora do seu filho, tendo como ideia principal a infelicidade do outro, mesmo que isso acabe custando o bem-estar psicológico da sua prole. Nesse ambiente de guerra, o que se percebe, a todo o momento, é a tentativa de destruir todo e qualquer laço com o outro genitor, com práticas abusivas e, porque não psicóticas, deixando em evidência o seu objetivo central de criar seu filho órfão de um pai ou de uma mãe em vida.

Há pouco tempo, não se falava em alienação parental, pois, nas separações, o pai, ao se divorciar da sua esposa, deixava o filho com a mãe, ou seja, não havia o interesse na manutenção do vínculo paterno. Nessa perspectiva, se mantinha a cultura de que a mulher era a única responsável pela criação dos filhos. Todavia, com as modificações nas instâncias judiciais, bem como o fortalecimento do vínculo paterno, houve uma mudança de interesses, vindo à tona novos conflitos e nesse passo é que surge todo o processo de alienação parental, que, até então, era totalmente desconhecido.

Nessa esteira, será tratada a lei da alienação parental, invadindo o ambiente técnico, destrinchando e explicando os principais pontos dessa importante legislação e como o Projeto de Lei nº 10639/2018 pode ser um grande retrocesso em se tratando de casos que envolvam a alienação parental.

2. Alienação Parental

A alienação parental consiste na conduta do pai ou da mãe de denegrir constantemente a imagem do outro, levando a criança a se afastar do genitor alienado.¹ Desta forma, acrescenta Dias: “Para afastar, impedir a convivência, prejudicar

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 352-353. vol. 5.

a manutenção do vínculo de afeto, os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo.”² Assim, o genitor alienador acaba por fazer uso de seu próprio filho como um meio de vingança, pondo em prática diversas medidas, com o intuito de atacar diretamente o genitor alienado. Nessa esteira, explicam Madaleno e Madaleno:

O genitor que sofre a alienação passa a ser visto como um estranho, que fará mal a seu filho, utilizando-se o alienador de todos os meios para obstaculizar a convivência com o ascendente alienado e programar o ódio da criança, inclusive com ameaças de abandono ou por meio de falsas denúncias de abuso sexual intrafamiliar, com as chamadas *falsas memórias* que vão sendo repetidas para o menor até que ele acredite ter realmente vivenciado o fato.³

Desta forma, constata-se que a principal característica do alienador é o uso constante de inverdades, fazendo com que a criança acredite em tudo que lhe é dito, desprezando e abandonando o genitor alienado.⁴ Schreiber enfatiza que: “Aqui, o genitor não abandona o filho, mas é o filho que passa a ser indiferente ao genitor em virtude da ação deliberadamente excludente do outro genitor.”⁵ Seguindo a mesma linha de raciocínio, assevera Dias:

Uma criança, fragilizada pela separação dos pais, tende a confiar e a acreditar naquele com quem convive. O sentimento de perda é transmitido ao filho, o que faz com que ele também se sinta abandonado. Acaba afastando-se de quem o ama e aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado. O alienador, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se os dois uno, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Passa a rejeitar o genitor não guardião, a odiá-lo.⁶

Ocorre que o filho torna-se o principal interlocutor de tudo que lhe foi repassado, fazendo com que as retaliações sejam tão avassaladoras que, em pouco tempo, essa criança se torna órfã de um pai ou de uma mãe em vida, concluindo o jogo de vingança perpetuado pelo genitor alienador.

² DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 231-232.

³ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 133.

⁴ FAYET, Paulo. *Pais e filhos separados: alienação parental e denunciação caluniosa*. Porto Alegre: Criação Humana, 2015. p. 34.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 871.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 231-233.

3. Origem histórica

Nas últimas décadas, depois de muita pesquisa e observação de casos específicos, foi criado o termo alienação parental. Segundo Perez: “A alienação parental é um termo criado na década de 1980 pelo psiquiatra americano Dr. Richard Gardner e, segundo ele, a criança apresenta um sentimento constante de raiva e ódio contra o genitor alienado.”⁷ Já o termo Síndrome da Alienação Parental (SAP), uma subcategoria da alienação parental, foi criado pelo Dr. Richard Gardner, com o intuito de colocá-lo no DSM-IV (manual de diagnósticos e estatísticas dos transtornos mentais). Ocorre que este termo não é abrangido pela lei brasileira.⁸ Neste passo, explicam Madaleno e Madaleno:

A conotação de síndrome não é adotada na lei brasileira em virtude de não constar na Classificação Internacional das Doenças (CID) e também por dizer respeito ao conjunto dos sintomas provocados pela alienação parental ou alijamento da prole em desfavor de um genitor ou mesmo da família estendida, eis que a legislação pátria apenas trata desta exclusão proposital e não de seus sintomas e consequências. Porém, não há como falar de Alienação Parental dissociando seus nefastos efeitos e sua rede de atuação, chamados aqui, de Síndrome da Alienação Parental.⁹

Conforme o exposto acima, verifica-se o quão recente é este tema, tendo surgido no fim do século XX, mais precisamente em 1985. Mesmo sendo uma prática que já vinha sendo usada nos processos de separação envolvendo disputa de guarda, só agora começou a surtir uma maior atenção. Acredita-se que o aumento significativo de separações judiciais instigou um estudo mais aprofundado desse assunto. Antigamente, a mãe era a principal detentora da guarda, pois não havia um real interesse por parte do pai. Até o início da década de 1980, a separação não envolvia apenas o casal, envolvia os filhos.¹⁰ Para Fayet:

Nesse sentido, culturalmente, se mantinha o paradigma de que a mulher era responsável por cuidar dos afazeres domésticos e da educação dos filhos; e, em contrapartida, o homem era o responsável pelo sustento do lar. Nessa conjuntura, cada cônjuge tinha o seu

⁷ PEREZ, Luana Saez. A alienação parental como causa excludente da responsabilidade civil por abandono afetivo. In: ROSA, Conrado Paulino da (Org.). *Direito & família: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: RJR, 2014. p. 56.

⁸ MADALENO, Ana Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. 4ª ed. Porto Alegre: Forense, 2017. p. 45. [Minha Biblioteca]

⁹ MADALENO, *loc. cit.*

¹⁰ FAYET, Paulo. *Pais e filhos separados: alienação parental e denúncia caluniosa*. Porto Alegre: Criação Humana, 2015. p. 27.

papel definido e nenhum interferia no papel do outro, nem no espaço familiar, nem no espaço social e do trabalho.¹¹

Sendo assim, percebe-se que o papel da mulher, que antes era de basicamente cuidar da casa e da educação dos filhos, mudou. Hoje, não há mais o engessamento de tarefas. Tanto o homem como a mulher trabalham e ambos fazem os serviços domésticos. A educação dos filhos é responsabilidade para ambos os pais. Com isso, constata-se que houve um fortalecimento da figura do pai com os filhos. Hoje em dia, mesmo quando o casamento acaba, permanece o interesse de conviver com os filhos. Sabe-se que várias alterações legislativas levaram a essas mudanças, fazendo com que ocorresse um aumento significativo de novos conflitos. Por consequência, a partir disso se originou um episódio de discussão sobre o processo alienatório, que, nos modelos antigos de família, ocorria, mas era interpretado de outra maneira, como uma forma de ciúme deliberado ou, até mesmo, um mero capricho, pois havia um certo distanciamento entre a figura do pai e do filho.¹²

4. Breve análise da Lei nº 12.318 de 2010

A lei da alienação parental trouxe ao cenário jurídico e social a concretização da existência dessa prática, resultando na sua conceituação, bem como nas maneiras de combatê-la. Sendo assim, diante da sua necessidade de regulamentação, a lei da alienação parental trouxe ao poder judiciário uma linha de raciocínio referente a este assunto, tendo como principal objetivo a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Esta lei fala estritamente da alienação parental e já no seu artigo 2º nos traz, de forma bastante clara e objetiva, a sua conceituação. Nota-se que a descrição trazida por este artigo é bastante exemplificativa, trazendo conceito, hipóteses e os sujeitos que podem fazer parte deste processo alienatório. O que o torna bastante interessante é o fato de não vedar essa prática somente aos genitores, mas também aos tios, avós, tutores etc., ou seja, qualquer indivíduo que possa fazer uso de sua autoridade parental como meio de propagar mentiras. Em seu artigo 3º, o legislador expõe que a prática de atos alienatórios fere direito fundamental de uma criança ou de um adolescente de viver em um ambiente sadio, ocasionando sérios prejuízos nas relações familiares, sendo possível a propositura de uma ação visando a danos morais por parte do alienador. Neste mesmo sentido, explica Fernandes:

No Direito de Família, reparam-se os danos morais ocasionados pela violação do dever conjugal ou por conduta desonrosa, o que

¹¹ FAYET, *loc. cit.*

¹² FAYET, Paulo. *Pais e filhos separados: alienação parental e denúncia caluniosa*. Porto Alegre: Criação Humana, 2015. p. 29-30.

torna insuportável a convivência em comum com a pessoa que causou a lesão física e moral como a humilhação e a traição, ou quando houver algum descumprimento com o poder familiar, ou na possível provocação em que o próprio genitor induz o filho menor e incapaz a odiar e não manter mais contatos com o outro genitor e seus parentes.

A ação de indenização por dano moral nas relações familiares visa a preservar a dignidade da pessoa humana e o direito de personalidade que foram violados pelo ato ilícito do agente, tendo a função de promover o pleno desenvolvimento de todas as virtualidades da vítima por ser um membro da família.

O dano moral não terá o objetivo de aferir em valores econômicos, mas servirá para o ressarcimento de compensar a injustiça que foi causada na vítima, sendo um meio de atenuar a lesão decorrente do sofrimento ou da humilhação.¹³

Verifica-se a extrema importância do artigo 4º desta lei, pois o legislador teve o cuidado de descrever as medidas a serem tomadas no momento de sua identificação. Qualquer uma das partes, bem como o magistrado e o representante do Ministério Público, no instante que for reconhecido o indício de alienação parental, devem conferir tramitação prioritária ao processo, promover medidas eficazes, não apenas visando à preservação psicológica dos envolvidos, mas também assegurando a convivência com o genitor alienado e a reaproximação, se for necessário. No artigo seguinte, dependendo do caso, o juiz poderá declarar perícia psicológica ou biopsicossocial. Essa medida serve de auxílio na análise processual, pois, mesmo sendo um magistrado bastante experiente, a constatação dessa prática nunca é fácil, uma vez que deve ser analisada de forma conjugada e não de forma isolada. Nesse momento, entramos num enfoque multidisciplinar, trazendo ao processo os conhecimentos técnicos de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para que através de suas análises se possa chegar a conclusões mais consistentes da existência, ou não, de alienação parental. Desta forma, acrescenta Figueiredo:

Ademais, a prova pericial, uma vez determinada a sua realização, não pode apenas promover uma análise pontual de determinada alegação ou circunstância; deve promover uma ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação,

¹³ FERNANDES, Maysa Meireles. Alienação parental e o dano moral na relação familiar. In: *Revista de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo. vol. 7, nº 3. p. 77-94, jan./mar. 2016.

cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou o adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor [...].¹⁴

O artigo 6º nos traz, de forma exemplificativa, um rol com medidas que podem ser utilizadas pelo magistrado da causa com o objetivo final de inibir ou atenuar os efeitos advindos da prática de alienação parental. Vale ressaltar que essas medidas foram criadas respeitando uma ordem de gravidade, não proibindo o uso de outros instrumentos processuais, ou seja, este artigo não se esgota nele mesmo. Outro ponto bastante interessante deste artigo é que as medidas trazidas pelo legislador podem ser usadas de maneira cumulativa ou não, o que será decidido conforme a gravidade do caso. Já no artigo subsequente, o legislador nos trouxe a possibilidade de alteração de guarda quando um dos genitores está impossibilitando a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor. Nesse sentido, ensina Figueiredo:

Assim, o genitor que detém a guarda do menor, mas que promova atos de alienação parental para com o outro genitor, ou qualquer parente, não demonstra ter a melhor aptidão para o exercício da guarda do menor, podendo, assim, ser destituído da guarda, ou nem sequer chegar a exercê-la, quando perceptível o processo de alienação quando da própria fixação da guarda [...].¹⁵

A competência em relação ao exercício da jurisdição em casos que envolvem alienação parental é trazida no artigo 8º desta lei. Mesmo que a criança ou o adolescente passe por uma alteração de domicílio, esse fato se torna algo totalmente sem relevância quanto à decretação de competência, pois esta é fixada quanto à matéria, sendo de natureza absoluta. Seguindo a mesma lógica, acrescenta Freitas:

O art. 8º da Lei da Alienação Parental parece contrariar toda a estrutura processual sobre o foro competente ser o do menor [...] Entretanto, em uma leitura mais atenta, nota-se que a “alteração de domicílio” seria aquele decorrente da prática da alienação parental, principalmente quando já proposta a ação.¹⁶

Desta forma, percebe-se que o legislador, ao redigir a lei da alienação parental, visou à busca por medidas que possam solucionar conflitos oriundos dessa prática

¹⁴ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação parental*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72. [Minha Biblioteca]

¹⁵ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação parental*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83. [Minha Biblioteca]

¹⁶ FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 4ª ed. Porto Alegre: Forense, 2015. n.p. [Minha Biblioteca]

alienadora, trazendo ao longo dos seus artigos um caráter tanto educativo como punitivo. Sabendo que os efeitos da alienação parental são extremamente prejudiciais, a lei visa a todo o momento assegurar que a integridade física e psicológica da criança ou do adolescente seja preservada e mantida, inibindo os efeitos já instaurados pela alienação.

5. Projeto de Lei nº 10639/2018: o que mudaria com a sua aprovação?

Com a aprovação da Lei de Alienação Parental, se trouxe ao Poder Judiciário uma grande ferramenta, pois, através dela, hoje é possível fazer a sua identificação e, por consequência, a aplicação das sanções trazidas pela lei. Ocorre que o Projeto de Lei nº 10639/2018 questiona a eficácia da Lei nº 12.318 de 2010 e visa a sua revogação, sob a justificativa de que ela mais seria um problema do que uma solução para os casos que envolvem alienação parental. Nesse sentido, o autor do PL nº 10639/2018 o deputado federal Flavinho do PSC/SP expõe que:

A lei aprovada com a ativa intenção de manter a indissolubilidade dos laços afetivos de pais e filhos acabou por viabilizar um meio para que pais que abusaram sexualmente dos seus filhos pudessem exigir a manutenção da convivência com essas crianças.¹⁷

Ocorre que a lei da alienação parental foi criada para proteger a criança e o adolescente e não para incitar a manutenção da convivência com um possível genitor que pratica atos de abuso sexual. Esse tipo de afirmação fere o verdadeiro objetivo da criação desta lei, distorcendo por completo como é feita a sua real aplicação.

No decorrer de um processo que contenha a prática de alienação parental, podem surgir diversas denúncias, como, por exemplo, a de abuso sexual. Nesse sentido, acrescenta Koller: “Entre as diversas formas de violência contra crianças e adolescentes, o abuso sexual é uma das formas mais graves, recorrente e geradora de efeitos negativos para o desenvolvimento das vítimas.”¹⁸ Entretanto, diferentemente do que expõe o deputado federal Flavinho do (PSC/SP), processos que contenham esse tipo de acusação são extremamente complexos, nos quais em um primeiro momento o juiz requisitará a suspensão das visitas, requisitando perícia psicológica ou biopsicossocial, trazendo também ao âmbito jurídico a multidisciplinaridade (psicólogos, assistente social etc.), assim como, quando necessário, a aplicação das demais sanções trazidas pela lei da alienação parental. Desta forma, ocorrendo uma

¹⁷ Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Especialista critica projeto de lei que propõe revogar a Lei de Alienação Parental*. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6716/Especialista+critica+projeto+de+lei+que+prop%C3%B5e+revogar+a+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso em: 8 jan. 2019.

¹⁸ KOLLER, Luisa F. Habigzang Silva H. *Intervenção psicológica para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: manual de capacitação de profissional*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011. p. 11.

acusação de abuso sexual, na maioria dos casos se solicita a destituição do poder familiar e, na esfera penal, será aberto um processo objetivando a sua condenação pelo cometimento de um delito.¹⁹

Percebe-se o quanto a alienação parental é maligna para os envolvidos neste processo, principalmente para uma criança, pois mexe com o seu emocional, interferindo diretamente no seu desenvolvimento psicológico. Assim como as crianças, os pais também são afetados pelo processo de alienação, apresentando em muitos casos depressão e crises de ansiedade. Esses problemas surgem devido ao afastamento repentino de seu filho e a perda do laço afetivo que antes mantinham.

Com isso, nota-se o quanto a revogação da Lei nº 12.318 de 2010 mostra-se um perigo, pois ela foi revolucionária, tendo sido criada com o intuito de balancear a participação dos pais na criação de seus filhos. Sendo assim, caso este projeto de lei seja aprovado, as crianças e os adolescentes serão os maiores prejudicados, assim como o genitor alienado, sendo um grande retrocesso para o cenário jurídico. Sem dúvida, voltaremos a nos deparar com erros jurídicos gravíssimos ao longo dos processos judiciais, que acabarão, em algumas situações, se tornando algo totalmente incapaz de proteger os direitos de quem ali postula, tendo por consequência o desrespeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, pois não teremos mais os artifícios que a legislação específica nos traz.

6. Conclusão

No ano de 2010, foi aprovada a Lei nº 12.318, a lei da alienação parental. Desta maneira, se trouxe para o cenário jurídico a interpretação formal do que consiste esta prática. Com isto, a nova lei deu um norte ao Poder Judiciário, garantindo uma melhor atuação em casos que envolvam a alienação parental.

Ocorre que o descontentamento de algumas pessoas com as decisões que são proferidas e as consequentes distorções do que realmente dispõe a lei começaram a dar força a um movimento de desqualificação da legislação específica sobre a alienação parental, nos levando ao PL nº 10639/2018. É muito preocupante termos um projeto de lei querendo revogar uma lei que a todo o momento objetiva a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O Brasil foi um país precursor, pois reconheceu a alienação parental e sancionou uma legislação específica em 26 de agosto de 2010, que identifica e exemplifica ações de alienação parental. Nota-se que a lei a todo o momento se preocupa em preservar a integridade física e psicológica da criança ou do adolescente. É muito complicado retroceder de uma maneira a ponto de revogar uma lei que só trouxe benefícios para todos os envolvidos. É uma lei de proteção, sendo desenvolvida com o intuito de manter as relações familiares, atacando diretamente comportamentos de alienação parental, protegendo o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes. A Lei nº

¹⁹ FAYET, Paulo. *Pais e filhos separados: alienação parental e denúncia caluniosa*. Porto Alegre: Criação Humana, 2015. p. 98.

12.318 de 2010 nunca foi e nunca será um meio de viabilizar a convivência de pais que abusam sexualmente de seus filhos, pelo contrário: ela foi criada para auxiliar e proteger a sua dignidade, impossibilitando a morte em vida de seus genitores.

Referências

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FAYET, Paulo. *Pais e filhos separados: alienação parental e denúncia caluniosa*. Porto Alegre: Criação Humana, 2015.

FERNANDES, Maysa Meireles. Alienação parental e o dano moral na relação familiar. *In: Revista de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo, vol. 7, nº 3, jan./mar. 2016.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação parental*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [Minha Biblioteca]

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 4ª ed. Porto Alegre: Forense, 2015. [Minha Biblioteca]

Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Especialista critica projeto de lei que propõe revogar a Lei de Alienação Parental*. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6716/Especialista+critica+projeto+de+lei+que+prop%C3%B5e+revogar+a+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso em: 11 jan. 2019.

KOLLER, Luisa F. Habigzang Silva H. *Intervenção psicológica para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: manual de capacitação de profissional*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

MADALENO, Ana Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. 4ª ed. Porto Alegre: Forense, 2017.

MADALENO, Rafael; _____. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed., rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017. vol. 5.

PEREZ, Luana Saez. A alienação parental como causa excludente da responsabilidade civil por abandono afetivo. *In: ROSA, Conrado Paulino da (Org.). Direito & família: uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: RJR, 2014.

SCHEREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O artigo 1.030 do CPC e a busca por uma interpretação adequada: meios para superação de precedentes

Dierle Nunes*
Marina Carvalho Freitas**

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. A Lei nº 13.256/2016 e o reflexo no juízo de admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores. 2.1. A alteração promovida no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário em comparação à redação original do Novo Código. 2.1.1. A pressão política para aprovação da Lei nº 13.256/2016. 2.1.2. Análise jurisprudencial do cabimento de recurso contra a decisão de inadmissibilidade de recursos aos Tribunais Superiores. 2.1.2.1. Decisões proferidas sob a égide do CPC de 1973 pelo STF e pelo STJ. 2.1.2.1.1. Decisões do STF. 2.1.2.1.2. Decisões do STJ. 2.1.2.2. Decisões proferidas sob a égide do CPC de 2015 pelo STF e pelo STJ. 2.1.2.2.1. Decisões do STF. 2.1.2.2.2. Decisões do STJ. 2.1.3. Os impactos da alteração no acesso à jurisdição. 3. As dificuldades para a superação dos entendimentos consolidados nos Tribunais. 3.1. Algumas sugestões interpretativas para viabilizar a superação. 3.1.1. Cabimento de ação rescisória. 3.1.2. Cabimento de julgamento-alerta. 3.1.3. Cabimento de agravo do artigo 1.042 contra a decisão do agravo interno. 3.1.4. Cabimento de reclamação. 3.1.5. Cabimento de interposição de novo recurso especial/extraordinário. 4. Análise de julgados atuais que demonstram o mecanismo que vem sendo utilizado para contornar a situação de empecilho à superação. 5. Considerações finais.

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a alteração promovida na redação original do Novo Código de Processo Civil pela Lei nº 13.256, ao retornar com o duplo juízo de admissibilidade para os recursos especiais e extraordinários. Essa alteração, ao dar nova redação aos artigos 1.030 e 1.042 do Diploma Legal, estabeleceu que o Tribunal local deve negar a admissibilidade de recurso especial ou extraordinário que contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, exarado em regime de repercussão geral ou de recursos

* Doutor em Direito Processual (PUC-Minas/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Mestre em Direito Processual (PUC-Minas). Professor permanente do PPGD da PUC-Minas. Professor adjunto na PUC-Minas e na UFMG. Secretário Adjunto do IBDP. Membro do IAPL, IPDP, IIDP e ABDPC. Membro da comissão de juristas do Novo CPC na Câmara dos Deputados. Diretor acadêmico do Instituto de Direito e Inteligência Artificial (IDEIA). Advogado.

** Advogada.

repetitivos. Ademais, prevê que, contra essa decisão de inadmissibilidade, o único recurso cabível seria o agravo interno para o próprio Tribunal que inadmitiu o recurso. Em acurada análise, observa-se essa alteração sob o viés do seu impacto ao sistema de precedentes adotado pelo Novo Código, uma vez que, ao retornar com o juízo de admissibilidade realizado nos Tribunais de 2º grau (que havia sido extirpado da redação original do Novo Código), causará empecilhos à superação das teses jurídicas consolidadas pelos Tribunais Superiores.

1. Considerações iniciais

O Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor em março de 2016, inovou na teoria processual brasileira ao prever a sistematização dos precedentes judiciais. Nesse sentido, o Código de Processo Civil ofertou bases dogmáticas para a elaboração de uma teoria acerca dos precedentes judiciais¹, ao prever sobre a sua formação, a sua aplicação, a força normativa conferida a alguns precedentes, as técnicas imprescindíveis para sua correta aplicação (*distinguishing* e *overruling*), entre outras formas de *departures*.

Outra inovação trazida pelo Código, em sua redação original, foi o fim do duplo juízo de admissibilidade realizado para os recursos aos Tribunais Superiores. Assim, conforme a nova previsão, a admissibilidade seria analisada apenas pelo Tribunal destinatário do recurso, não sendo mais o Tribunal local responsável por tal juízo. Em termos de técnica processual, tal opção legislativa era bastante satisfatória por solucionar o problema dos inúmeros agravos que eram interpostos aos Tribunais Superiores com o condão de destrancar recurso inadmitido no Tribunal *a quo*. Ademais, era uma forma de se facilitar o acesso dos jurisdicionados às Cortes Superiores, a fim de poderem suscitar argumentos para a superação dos entendimentos por elas consolidados, uma vez que apenas o Tribunal que firmasse o entendimento seria competente para promover a sua superação. Porém, diante da pressão política, realizada principalmente pelas Cortes Superiores, preocupadas com o acúmulo de trabalho ao passarem a ser responsáveis pelos juízos de admissibilidade de todos os recursos excepcionais, foi apresentado projeto de lei que, ao tramitar sob regime de urgência nas Casas Legislativas, originou a Lei nº 13.256/2016, que modificou a redação do Novo Código, antes mesmo de este entrar em vigor.

Entre as principais modificações causadas pela referida lei está a alteração do artigo 1.030 do Novo Código, dispositivo no qual se determinou o retorno do duplo juízo de admissibilidade aos recursos excepcionais, ou seja, retornou com a competência dos presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais locais para realizar o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos Tribunais Superiores, impedindo o acesso a eles quando verificada a inadmissibilidade. Ademais, o artigo prevê, de maneira expressa, a inadmissão de recursos contra decisões que estejam em conformidade com tese adotada por Tribunal Superior em sede de repercussão

¹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

geral ou de recursos repetitivos, sendo cabível, contra tal decisão de inadmissibilidade, apenas agravo interno para o próprio Tribunal local. O artigo 1.042 dispõe, por sua vez, sobre o cabimento de agravo diretamente ao Tribunal Superior nas hipóteses de inadmissão de recurso especial ou extraordinário, mas ressalta ser incabível tal agravo quando a decisão de inadmissibilidade estiver fundada na aplicação de entendimento firmado em julgamento de recursos repetitivos ou em regime de repercussão geral, ou seja, conclui-se que, havendo padrão decisório formado pelo Tribunal Superior, a temática não mais chegará a ele, sendo barrada no Tribunal local.

No entanto, é necessário verificar como tal alteração na redação original do Código irá impactar o sistema de precedentes nele adotado. Isso porque, em um ordenamento que seja minimamente compatível com o Estado Democrático de Direito, permeado pelo processualismo constitucional democrático, não é razoável que a participação dos jurisdicionados seja restringida, ainda mais da forma tão brusca como fez a Lei nº 13.256/2016. Observa-se que, ao restringir o acesso aos Tribunais Superiores quando estes já houverem analisado certa temática, inviabiliza-se o direito das partes em suscitar argumentos que poderiam levar à superação dos entendimentos já consolidados, ou seja, como o Tribunal que firmou a tese jurídica é o único competente para superá-la, impedir o acesso a ele obsta o próprio exercício da superação que poderia ser suscitada pelos jurisdicionados. Verifica-se, porém, que não é possível a existência de um sistema de precedentes no qual se inviabilize a técnica da superação, uma vez que os efeitos dessa conjuntura são claros e nefastos. Entre eles, o engessamento do direito, ainda que existentes mudanças sociais, políticas, econômicas e jurídicas que demandam a alteração do entendimento, e a falta de compatibilidade com o ideal constitucional democrático, buscado pelo novo Diploma Legal.

Apresentado tal cenário e sendo reconhecida a importância da superação dos precedentes para a legitimidade do direito, a doutrina brasileira vem se esforçando em elaborar mecanismos para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, a fim de se permitir o adequado debate para uma possível superação de seus entendimentos. Busca-se, assim, flexibilizar os prejudiciais efeitos que poderiam ocorrer diante da aplicação literal da redação modificada do Novo Código.

2. A Lei nº 13.256/2016 e o reflexo no juízo de admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores

2.1. A alteração promovida no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário em comparação à redação original do Novo Código

Como já posto, o CPC de 2015, em sua redação original², dispunha, quanto ao juízo de admissibilidade dos Recursos Especiais e Extraordinários, de forma díspar

² Em sua redação original, previa em seu artigo 1.030 que: Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do Tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o *caput* dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

ao previsto no CPC de 1973 (art. 542, §1º)³. Isso porque, como é sabido, o juízo de admissibilidade dos Recursos aos Tribunais Superiores se dava de forma dúplice. Primeiramente com uma análise no Tribunal *a quo* pela autoridade competente conforme o seu regimento interno (normalmente, o Presidente ou o Vice-Presidente) e, sendo proferida decisão de admissibilidade do recurso interposto e determinada a sua subida, tal recurso também seria objeto de posterior análise no próprio Tribunal responsável pelo julgamento de seu mérito. Mostra-se aqui, então, evidente o intento dos idealizadores da nova legislação de suprimir o juízo de admissibilidade que era feito no Tribunal *a quo*, a fim de que este passasse a ser realizado pelo próprio Tribunal Superior, destinatário do recurso. Importante salientar que a possível razão de tal supressão prevista na redação original do Novo Código será exposta ao longo do próximo item.

Ocorre que, antes mesmo da entrada em vigor do CPC de 2015, que se deu em 18.03.2016, a Lei nº 13.256, de 04.02.2016, foi editada e entrou em vigor com o intuito de alterar alguns dispositivos da redação original. Entre tais dispositivos, estava o artigo 1.030 que, depois da alteração promovida pela Lei nº 13.256/2016, retornou com o juízo de admissibilidade a ser realizado no Tribunal de 2º grau⁴.

Apresentada a alteração na redação original do CPC de 2015, promovida pela Lei nº 13.256/2016, e que vem sendo alvo de debates entre diversos juristas

³ Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões.

§1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada. [...]

⁴ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do §6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

brasileiros, passa-se à análise da principal razão de edição da referida lei: a pressão política promovida pelos próprios Tribunais Superiores.

2.1.1. A pressão política para aprovação da Lei nº 13.256/2016

Como testemunhado pelo primeiro coautor e explicado por Didier Jr., quando da elaboração do Novo CPC, foram recebidas informações provenientes do STF, do STJ e do TST no sentido de que o agravo para destrancar Recurso Extraordinário ou Recurso Especial ou Recurso de Revista, interposto quando da decisão de inadmissibilidade de tais recursos proferida nos Tribunais de 2º grau e com fulcro no *caput* do artigo 544 do Código de Processo Civil de 1973⁵, era a classe processual mais frequente nos Tribunais. Salientava-se, ainda, que, dependendo do Tribunal, o mencionado agravo representava em torno de 75% e 83% dos processos que tramitavam nos Tribunais Superiores.

Embasada nessas informações e depois de reuniões com alguns Ministros dos Tribunais Superiores, a Câmara dos Deputados propôs, na versão do Código que estava sendo idealizado, a eliminação do juízo de admissibilidade de todos os recursos, desde a apelação até o recurso extraordinário, que era feito na origem. Assim, propunha-se que o juízo *a quo* deixasse de proceder com a análise da admissibilidade do recurso interposto, cabendo tal juízo ao próprio destinatário do recurso⁶.

Tal proposta visava a evitar os inúmeros recursos que eram frequentemente interpostos na vigência do CPC de 1973. Isso porque, conforme o cenário anterior, da decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário ou de recurso especial proferida pelo Tribunal *a quo*, caberia agravo ao Tribunal Superior correspondente, com fulcro no artigo 544 do Código anterior. Quando, no Tribunal Superior, o agravo interposto era alvo de decisão monocrática, que também poderia ser impugnada por meio de agravo interno (ou regimental) ou por embargos de declaração (se verificada alguma das específicas hipóteses de cabimento de tal recurso previstas no artigo 535 do CPC de 1973), ou seja, promovia-se uma movimentação de toda a máquina judiciária, o que, consequentemente, demandava tempo e custo para se decidir, ao final, se o recurso extraordinário ou o especial deveria ou não subir para ser analisado pelo Tribunal Superior.

Com o intuito, assim, de otimizar tal conjuntura, a redação original do Código de 2015 pretendia concentrar o juízo de admissibilidade em uma instância só, qual seja, o Tribunal Superior destinatário do recurso, no qual, depois da análise da admissibilidade, se positivo tal juízo, passar-se-ia ao juízo do próprio mérito recursal. Tal ideia tinha como objetivo, conforme palavras de Didier: “se há 83% de agravos pendentes, que,

⁵ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...]

§3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, a Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

⁶ Palestra ministrada por Fredie Didier, nomeada de *Questões sobre o art. 1030 do CPC*, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: https://www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Acesso em: 31.08.2017.

pelo menos, fiquem 83% de recursos extraordinários pendentes, ou seja, que a energia fosse direcionada para o próprio recurso, e não para o agravo.”⁷ Elucida, ainda, que, diante dessa lógica simplista, o tempo de tramitação dos processos reduziria bastante⁸.

Além de tais objetivos, o Deputado Gabriel Guimarães, autor da Emenda 825/2011 ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 (que se tornou o Código de Processo Civil de 2015), tendente a abolir o juízo de admissibilidade feito na origem, defendeu que, muitas vezes, os Tribunais recorridos extrapolavam a competência legal que lhes era dada ao apreciar o mérito dos recursos interpostos. Ao justificar a emenda realizada, o deputado pondera que, reiteradamente, os fundamentos de inadmissão do recurso se relacionam ao mérito deste (e não aos pressupostos de admissibilidade em si), competência esta que não é dos Tribunais ordinários⁹.

Sendo assim, a ideia, proveniente da Câmara dos Deputados, de supressão do juízo de admissibilidade na origem para todos os recursos, foi aprovada em tal Casa, bem como no Senado Federal, tendo sido positivada na redação original do Novo Código (no parágrafo único de seu artigo 1.030), que foi publicada no mês de março de 2015.

Observa-se que a mudança trazida na redação original do Novo Código, que excluía a análise prévia de recursos ao STF e ao STJ, não foi bem recebida pelos ministros de tais Tribunais Superiores, que passaram a apontar um aumento vertiginoso da demanda a tais Cortes, “já abarrotadas de processos”¹⁰. Entre os membros da alta cúpula do Judiciário, um dos que se manifestou contrariamente à redação original do Código foi o Min. Gilmar Mendes, que afirmou entender que, se fosse repassada a competência para realizar o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários exclusivamente para os Tribunais Superiores, isso levaria a uma sobrecarga de trabalho em tais tribunais em 50% dos processos que lá hoje tramitam com necessidade de novos servidores¹¹ e acréscimo de mais de 146,8 mil processos¹².

Jayme e Oliveira Júnior expõem que a mudança proporcionada pela Lei nº 13.256/2016 “foi enaltecida pela comunidade jurídica porque a extinção do juízo de

⁷ *Cit.*

⁸ Corroborando com tal entendimento o Min. do STF Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas responsáveis pela redação do Novo Código e defendeu tal ideia, sob o prisma de que o novo rito “corta um caminho”. CANÁRIO, Pedro. *CCJ do Senado aprova volta do juízo de admissibilidade de recursos ao novo CPC*. Publicado em 19.11.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-19/ccj-senado-aprova-volta-juizo-admissibilidade-recursos. Acesso em: 03.07.2017.

⁹ LUCIANO, Pablo Bezerra; MARDEN, Carlos. *Fim do duplo juízo de admissibilidade: uma oportunidade em risco*. Publicado em 02.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-02/fim-duplo-juizo-admissibilidade-oportunidade-risco. Acesso em: 03.07.2017.

¹⁰ *Revista Consultor Jurídico*. Advogados divergem sobre volta do juízo de admissibilidade ao novo CPC. Publicado em 26.12.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-dez-26/advogados-divergem-volta-juizo-admissibilidade. Acesso em: 03.07.2017.

¹¹ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário*. In: THEODORO JR., Humberto (Coord.); JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 270.

¹² *Cit.*, p. 270.

admissibilidade na instância recorrida causaria uma série de inconvenientes”¹³. Se suprimido o juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo*, entre as implicações estariam a impossibilidade de reter os recursos na origem, o aumento do tempo de duração do processo em que se interpusse recurso especial ou extraordinário e a maior onerosidade no sistema de justiça¹⁴.

Considerando, assim, toda a pressão política exercida pelos membros dos Tribunais Superiores, bem como as críticas à inovação legislativa prevista na redação original do Novo Código, foi apresentado, no âmbito do Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.384/2015, cujo autor era o deputado Carlos Manato. O referido projeto, diante da importância de sua matéria e dos interesses nele envolvidos, tramitou em regime de urgência e, depois de três meses, em outubro de 2015, foi aprovado na Câmara dos Deputados, na forma da redação final apresentada pelo relator, o deputado Fernando Coelho Filho¹⁵.

Em sede de tramitação na Casa Revisora, o Senado Federal, a matéria, que passou a tramitar como Projeto de Lei da Câmara nº 168/2015, teve como relator o Senador Blairo Maggi, que apontava que o juízo de admissibilidade feito na origem era capaz de poupar os Tribunais Superiores de inúmeros recursos manifestamente descabidos e que, portanto, a supressão de tal juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo* iria de encontro à celeridade que se espera das instâncias extraordinárias, ainda mais em um cenário de valorização jurisprudencial, como adotado no Código de 2015¹⁶.

Ressalta-se, assim, que o PLC nº 168/2015 tramitou no Senado Federal por apenas 51 dias, até que fosse aprovado, tamanha a pressão política exercida pelo mais alto escalão da magistratura brasileira.

¹³ *Cit.*, p. 245.

¹⁴ *Cit.*, p. 246.

¹⁵ LUCIANO, Pablo Bezerra; MARDEN, Carlos. *Fim do duplo juízo de admissibilidade: uma oportunidade em risco*. Publicado em 02.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-02/fim-duplo-juizo-admissibilidade-oportunidade-risco. Acesso em: 03.07.2017.

¹⁶ Maggi destacou, ainda, a “importância da triagem de recursos feita pelos tribunais, que ‘poupa o STJ de receber 48% dos recursos especiais interpostos, o que corresponde a mais de 146 mil recursos, muitos deles descabidos’”. *Revista Consultor Jurídico*. Advogados divergem sobre volta do juízo de admissibilidade ao novo CPC. Publicado em 26.12.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-dez-26/advogados-divergem-volta-juizo-admissibilidade. Acesso em: 03.07.2017.

Apresentada a alteração na redação original do Novo Código, proveniente de pressão política exercida pelos próprios Tribunais Superiores, foram feitas inúmeras críticas ao retorno do duplo juízo de admissibilidade.¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹⁻²⁰

Ocorre que a questão delicada que surgiu da mudança foi a de se analisar o modo de impugnação da decisão de inadmissibilidade proferida pelo Tribunal *a quo* (já que retornada tal competência a esse, com o advento da Lei nº 13.256/2016), diante do cenário de dificuldade de acesso aos Tribunais Superiores criado pelo diploma legal *a inviabilizar a possibilidade de superação de entendimentos*. Conforme se disse com Viana, “um dos objetivos do Código de Processo de 2015 foi a criação de mecanismos de combate à jurisprudência defensiva, isto é, a colocação, por parte dos tribunais, de filtros formais abusivos para o conhecimento do mérito recursal”²¹. Ocorre, porém, que o retorno do juízo de admissibilidade na origem e a consequente dificuldade de acesso aos Tribunais Superiores foram de flagrante encontro com tal lógica.

Ademais, como também será exposto nos itens seguintes, observa-se que, “sob o véu de fumaça da mudança do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários”, a lei que alterou a redação original do Código modificou o sistema dialógico de formação e aplicação de precedentes, “ao macular duas das técnicas mais essenciais de um sistema de precedentes, a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*)”²².

2.1.2. Análise jurisprudencial do cabimento de recurso contra a decisão de inadmissibilidade de recursos aos Tribunais Superiores

Em análise aos preceitos legais, observa-se que o CPC de 2015, assim como o Código anteriormente vigente, possui previsão de recurso contra a decisão de inadmissibilidade de recursos extraordinários e especiais, proferida pelo Tribunal *a*

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Publicado em 26.11.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos. Acesso em: 15.11.2016.

¹⁸ LUCIANO, Pablo Bezerra; MARDEN, Carlos. *Fim do duplo juízo de admissibilidade: uma oportunidade em risco*. Publicado em 02.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-02/fim-duplo-juizo-admissibilidade-oportunidade-risco. Acesso em: 03.07.2017.

¹⁹ Como pontuou Panutto: “[...] a preocupação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com o aumento de trabalho pela extinção do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial pelo juízo *a quo* se justifica apenas a curto prazo, pois, na medida em que o sistema de precedentes for implementado, os precedentes destas cortes passarão a vincular os juízos de primeiro e segundo grau, não havendo mais a necessidade do julgamento de mérito de tais recursos por nossas cortes supremas para fazerem prevalecer seus próprios precedentes [...]” PANUTTO, Peter. *Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição*. Publicado em 15.12.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao. Acesso em: 13.08.2017.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *O Senado vai permitir a mutilação do novo CPC antes de entrar em vigor*. Publicado em 01.12.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-dez-01/senado-permitira-mutilacao-cpc-antes-entrar-vigor. Acesso em: 15.11.2016.

²¹ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ? Revista CONJUR*. Publicado em 15.05.2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj. Acesso em: 13.08.2017.

²² NUNES, Dierle José Coelho. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos. Revista Conjur*. Publicado em 26.11.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos. Acesso em: 15.11.2016.

quo. A diferença entre tais diplomas legais ocorre, porém, quando da análise da forma de impugnação cabível na hipótese.

Inicialmente, o CPC de 1973 previa no *caput* do artigo 544 que, em caso de não admissão de recurso extraordinário ou recurso especial, caberia agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. Tal agravo, conforme estabelecia os §§ 2º e 3º do mencionado artigo²³, deveria ser remetido ao Tribunal Superior, para que este o processasse, ou seja, observa-se aqui a facilitação de acesso ao Tribunal Superior a fim de promover o destrancamento do recurso inadmitido pelo Tribunal *a quo*. Cabe salientar, contudo, que, com a mudança jurisprudencial, sob a égide do CPC anterior, passou-se a refletir acerca do cabimento de tal agravo quando se tratasse de inadmissão do recurso em razão de o acórdão recorrido coincidir com orientação adotada por Tribunal Superior em sede de repercussão geral ou em sede de recurso representativo de controvérsia. Em tais hipóteses, conforme orientação jurisprudencial²⁴, o recurso admitido seria o agravo interno. Essa discussão será oportunamente exposta em acórdãos dos Tribunais Superiores a seguir analisados.

Por sua vez, o CPC de 2015 adotou o cabimento de agravo interno, nas hipóteses previstas no §2º do artigo 1.030, ou de agravo ao Tribunal Superior (prenunciado no artigo 1.042²⁵), nas hipóteses mencionadas no §1º, também do artigo 1.030. Sendo assim, no caso do Tribunal *a quo* negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral, ou a recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão que esteja em consonância com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, insculpido no regime de julgamento de recursos repetitivos, bem como no caso de sobrestamento de recurso que verse sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo STF ou pelo STJ, o recurso cabível será o agravo interno, nos termos do artigo 1.021²⁶, ou seja, a decisão de inadmissibilidade será repisada pelo próprio Tribunal *a quo* que a proferiu, pelo órgão competente de acordo com o seu regimento interno.

Na hipótese, porém, da decisão de inadmissibilidade ter sido proferida com fundamento no inciso V do artigo 1.030, o recurso cabível passa a ser o agravo em

²³ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...]

§2º [...] Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

§3º [...] Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

²⁴ Tal orientação jurisprudencial, segundo a qual o recurso cabível na hipótese é o agravo interno, está exposta em julgados (que serão analisados a seguir) do STF, como a QO nº – AI 760.358/SE e a AgRg na Rcl 22.284 /SP, e em julgados do STJ, como o AgRg no AREsp 470.492/RS e o Ag 1.154.599/SP.

²⁵ Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. [...]

²⁶ Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. [...]

recurso especial (ou extraordinário). Tal agravo (art. 1.042, §4º)²⁷ deve ser remetido ao Tribunal Superior, a fim de que nele se processe. Além disso, o *caput* do mencionado artigo, cuja redação também foi dada pela Lei nº 13.256/2016, prevê que tal agravo é cabível contra decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido que tenha inadmitido o recurso ao Tribunal Superior, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. Sendo assim, nessas situações excetuadas nas quais a decisão de inadmissibilidade tem como fundamento o fato de que o acórdão recorrido respeita um precedente do Tribunal Superior, o recurso cabível é o agravo interno, a ser decidido pelo próprio Tribunal recorrido.

Observa-se, portanto, que o Novo Código adotou o entendimento de que, contra a decisão de inadmissibilidade que se funde na sistemática de repercussão geral e recursos repetitivos, o recurso cabível é o agravo interno e que o agravo previsto no artigo 1.042 é cabível quando a decisão de inadmissibilidade fizer referência aos pressupostos de admissibilidade recursal. Nesse sentido, foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) na I Jornada de Direito Processual Civil (agosto/2017) o Enunciado 77²⁸. Conforme tal enunciado, na hipótese da decisão de inadmissibilidade do recurso especial ou recurso extraordinário se fundar tanto na sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral quanto na análise de pressupostos de admissibilidade, a parte sucumbente, quando quiser, deverá interpor, de forma simultânea, agravo interno e agravo em recurso especial ou extraordinário para combater os respectivos fundamentos.

Dellore e Martins afirmam que o referido enunciado traz exceção ao princípio da irrecorribilidade (singularidade), segundo o qual, contra uma decisão judicial, somente é cabível um único recurso. No caso em questão, como observado, será cabível agravo interno direcionado ao próprio Tribunal local contra o capítulo da decisão que aplicar o repetitivo ou a repercussão geral e será cabível agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário (direcionado ao Tribunal Superior) contra o capítulo da decisão que se referir aos pressupostos de admissibilidade²⁹. Desse modo, caso seja

²⁷ Art. 1.042. [...]

§4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente. [...]

²⁸ Enunciado 77, CJF: Para impugnar decisão que obsta trânsito a recurso excepcional e que contenha simultaneamente fundamento relacionado à sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral (art. 1.030, I, do CPC) e fundamento relacionado à análise dos pressupostos de admissibilidade recursais (art. 1.030, V, do CPC), a parte sucumbente deve interpor, simultaneamente, agravo interno (art. 1.021 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos recursos repetitivos ou repercussão geral e agravo em recurso especial/extraordinário (art. 1.042 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos fundamentos de inadmissão por ausência dos pressupostos recursais.

²⁹ Os autores mencionam que: “isto se dá porque, embora seja uma única decisão, ela possui dois fundamentos diferentes e a competência legal para análise da correção ou não daquela decisão pertence a órgãos diversos, conforme expressamente previsto na legislação processual.” Dellore e Martins elucidam, ainda, que a interposição de um único agravo (qualquer que seja ele), na hipótese prevista no Enunciado 77, pode acarretar o não conhecimento do recurso interposto. Isso porque, como a decisão de inadmissibilidade tem como base dois fundamentos, a inadmissão se deve tanto à aplicação do recurso repetitivo ou repercussão geral quanto à aplicação da admissibilidade recursal. DELLORE, Luiz; MARTINS, Ricardo

interposto apenas um dos agravos mencionados, a decisão agravada pode ser capaz de se manter sólida pelo fundamento que não foi atacado³⁰.

Feita essa breve análise dos preceitos do CPC de 1973 e de 2015, que dispõem acerca dos recursos cabíveis contra a decisão de inadmissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores na origem e analisado o Enunciado 77 da CJF, passa-se à análise de julgados do STF e do STJ, anteriores ao Novo Código (ou seja, ainda na vigência do Código anterior) e posteriores a sua vigência, que ilustram o quadro apresentado.

Inicialmente, serão analisados julgados dos Tribunais Superiores, com decisões proferidas antes de 18.03.2016, ou seja, ainda sob a égide do CPC de 1973.

2.1.2.1. Decisões proferidas sob a égide do CPC de 1973 pelo STF e pelo STJ

2.1.2.1.1. Decisões do STF

O STF, no julgamento do AgRg no ARE 880.773/GO³¹, proferiu decisão no sentido de que, contra a decisão do Tribunal *a quo* que inadmite o recurso extraordinário, cabe agravo, previsto no artigo 544 do Código. Prevê, ainda, que esse agravo deve ser apreciado exclusivamente pelo STF, conforme enunciado de Súmula 727³² desse Tribunal. Salienta, porém, que essa diretriz é excepcionada quando a admissão do recurso extraordinário é obstada com fulcro em precedente do STF formado sob a sistemática da repercussão geral, uma vez que a decisão com essa configuração só é passível de impugnação ao próprio órgão prolator. Aduz, igualmente, que, “para ser conhecido, o agravo deve impugnar especificamente, de forma individualizada, todos os fundamentos por si só suficientes para manter a inadmissão decretada pela origem.”³³ O caso em questão, com fulcro no artigo 544, §4º, I, do CPC de 1973³⁴, o relator não conheceu do agravo, por este não ter atacado os fundamentos da decisão de inadmissão. Tendo sido interposto Agravo Interno (ou Regimental), contra tal decisão do Relator, esse recurso não foi provido,

Maffei. *No NCPC, a inadmissão de REsp/RE admite dois agravos?* Publicado em 13.11.2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-ncpc-a-inadmissao-de-respre-admite-dois-agravos-13112017>. Acesso em: 15.11.2017.

³⁰ DELLORE, Luiz; MARTINS, Ricardo Maffei. *No NCPC, a inadmissão de REsp/RE admite dois agravos?* Publicado em 13.11.2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-ncpc-a-inadmissao-de-respre-admite-dois-agravos-13112017>. Acesso em: 15.11.2017.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg no ARE 880.773 /GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23.06.2015, DJE 151, de 31.07.2015.

³² Segundo a qual: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg no ARE 880.773/ GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23.06.2015, DJE 151, de 31.07.2015. 020. Acesso em: 03.07.2017.

³⁴ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...]

§4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I – não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; [...]

sob o argumento de não ter indicado com precisão em que parte o agravo antes interposto promoveu a impugnação específica da decisão proferida na origem³⁵.

O julgamento do STF no AgRg na Rcl 22.284/SP³⁶ mostra mais complexidade, devendo ser exposto com maior precisão. No caso em tela, foi interposto recurso extraordinário que teve seu seguimento negado na origem, sob o fundamento de que o STF já havia se manifestado pela ausência de repercussão geral quanto à matéria. Foi, assim, interposto o agravo previsto no artigo 544 do CPC de 1973, que também teve seguimento negado. De igual modo, contra tal decisão, foi interposta a Reclamação ora analisada. A reclamante sustenta ter sido usurpada a competência do STF para exame do agravo, tendo em vista que a lei estabeleceu recurso próprio para inadmissão de recurso extraordinário. Negado seguimento à reclamação sob o argumento de que o cabimento da reclamação, instituído de natureza constitucional, deve ser aferido nos limites das normas de regência, que a concebem apenas para preservação da competência do Tribunal e garantia da autoridade das decisões, como previsto no artigo 102, I, da CF/1988, e, ainda, contra atos que contrariem ou apliquem indevidamente súmula vinculante, conforme artigo 103-A, §3º, da CF/1988.

Contra tal decisão de não conhecimento da reclamação, foi interposto agravo regimental, que, por sua vez, teve provimento negado. Tal decisão possui grande relevância em razão da exposição de um entendimento que passou a ser frequentemente adotado na jurisprudência do STJ. Isso porque a decisão cita julgados que defendem que, na hipótese de já ter havido decisão em repercussão geral (que tenha tanto negado a existência de repercussão geral quanto reconhecido a sua existência e julgado o mérito do recurso, hipóteses essas previstas nos §§ 2º e 3º, do artigo 543-B, do Código anterior³⁷), a negativa de seguimento do recurso extraordinário, fundamentada no fato de que o acórdão recorrido segue a orientação do Tribunal Superior, não constitui nem mesmo juízo de admissibilidade do apelo, não sendo cabível o ajuizamento de reclamação ou a interposição do agravo previsto no artigo 544 contra tal decisão. Aduz, ademais, que “a jurisdição do STF somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado

³⁵ Em situação análoga, no julgamento do AgRg no ARE 977.453 /MG, o STF, em situação parecida com a anterior, decidiu-se que, “publicada antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a decisão do juízo *a quo* que negava a admissão de Recurso Extraordinário poderia ser atacada por agravo (art. 544, CPC/1973)”. No caso, em decisão monocrática, o relator não conheceu do recurso de agravo, também com base no artigo 544, §4º, I, já que “as razões do agravo não impugnaram especificamente todos os fundamentos suficientes para manter a decisão agravada”. Em sede de agravo regimental interposto, o provimento lhe foi negado, por não ter trazido qualquer subsídio apto a alterar os fundamentos da decisão do relator. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg no ARE 977.453 /MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 30.09.2016, DJE 222, de 18.10.2016.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 22.284 /SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.01.2015. DJE 242, de 30.11.2015.

³⁷ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. [...]

§2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. [...]

no julgamento da repercussão geral (art. 543-B, §4^o38)39. *Sendo assim, fora dessa hipótese em específico, não há previsão de cabimento de recurso ou outro remédio processual para o STF, sendo que a parte que considera equivocada a aplicação da repercussão geral só poderá interpor agravo interno perante o Tribunal de origem.*

Entre os *leading cases* determinantes para a formação do entendimento anteriormente apresentado e, até mesmo, mencionados no aresto supracitado, estão as Reclamações 7.569/SP⁴⁰ e 7.547/SP⁴¹, ambas do STF e de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Nas duas, a reclamação não foi conhecida pelos fundamentos já aduzidos. Destaca-se, porém, que nas reclamações referidas foi determinado o envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno, em homenagem ao princípio da fungibilidade. Outro precedente do STF, também *leading case* para o entendimento que vem sendo apresentado, é a QO no AI 760.358/SE⁴². Ao tratar de idêntica temática à exposta anteriormente, repisa os mesmos argumentos, resolvendo-se, assim, a questão de ordem no sentido de rejeitar o agravo de instrumento interposto. A decisão, ao determinar a conversão do agravo de instrumento em agravo regimental a ser decidido pelo Tribunal de origem, reafirma a inadmissibilidade de agravo de instrumento e de reclamação contra a decisão que aplica entendimento do Tribunal Superior aos processos múltiplos. Sendo assim, afirma não ser cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no §3º do artigo 543-B do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral, bem como elucida que, diante da decretação do prejuízo de recurso ou exercício do juízo de retratação no processo no qual foi interposto o recurso extraordinário, o Tribunal de 2º grau não está a exercer competência do STF, mas sim atribuição própria, de forma que a remessa dos autos à Suprema Corte se justificará apenas na hipótese em que houver expressa negativa de retratação.

2.1.2.1.2. Decisões do STJ

Passa-se, então, à análise de julgados do STJ, esses também sob a égide do CPC anterior. No primeiro deles, o AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP⁴³, foi interposto agravo contra decisão que inadmitiu recurso especial, com fulcro no artigo 544. Tal agravo foi conhecido, mas teve seu provimento negado com base no artigo 544, §4º, II, alínea *a* do Código⁴⁴. Contra essa decisão, foi interposto agravo regimental, no qual

³⁸ Art. 543-B. [...]

§4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. [...]

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 22.284 /SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.11.2015, *DJE* 242, de 30.11.2015.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 7.569/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 19.11.2009, *DJE* 232 de 10.12.2009.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 7.547/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 19.11.2009, *DJE* 232 de 10.12.2009.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, QO no AI 760.358/SE, Rel. Min. Presidente do STJ, j. 19.11.2009, *DJE* 30 de 18.02.2010.

⁴³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2015.

⁴⁴ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...]

o relator, em decisão monocrática, reconsiderou a decisão monocrática anterior e conheceu do agravo interposto, para dar provimento ao recurso especial. Dessa forma, a outra parte interpôs novo agravo regimental, tendo sido este conhecido, mas não provido, sob o argumento de que estava “ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal”⁴⁵. Importante salientar que, em sua fundamentação, o julgador expõe que, conforme a jurisprudência do STJ à época, caso a parte interpusse o agravo do artigo 544 contra a decisão que negasse seguimento a recurso especial, com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC⁴⁶, seria de competência do STJ o encaminhamento do recurso ao Tribunal *a quo* para que fosse recebido como agravo interno, por não configurar erro grosseiro. *Aduz, porém, que a inadmissão de recurso especial com fundamento na coincidência do acórdão com orientação fixada em recurso repetitivo não impede, a depender do caso concreto, a análise do agravo pelo STJ quanto à suscitação da violação do artigo 535 do CPC.*

O que é importante aqui observar é a semelhança entre os entendimentos adotados pelo STJ e pelo STF, uma vez que ambos, *mesmo antes da alteração legislativa*, defendiam o cabimento do recurso de agravo interno, ao invés do agravo ao Tribunal Superior previsto no artigo 544 do CPC, nas hipóteses nas quais a decisão de inadmissibilidade do recurso se fundamentar na coincidência do acórdão recorrido com orientação adotada por Tribunal Superior em sede de repercussão geral ou de recurso representativo de controvérsia. Mais especificamente no julgado supracitado, define-se que “assentou o entendimento de que não cabe agravo (CPC, art. 544) contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC, podendo a parte interessada manejar agravo interno ou regimental na origem [...]”⁴⁷.

O AgRg no AREsp 470.492⁴⁸ também trata da interposição de agravo contra decisão que obsteu a subida de recurso especial. No caso em questão, o recurso especial inadmitido havia sido interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário, nos termos do artigo 543-B, §2º, do CPC. Nas razões do recurso especial, o recorrente arguiu que o tema contido no recurso extraordinário abordava questão diversa daquela na qual o STF havia reconhecido a ausência de

§4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: [...]

II – conhecer do agravo para:

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; [...]

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2015.

⁴⁶ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...]

§7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; [...]

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2015.

⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AREsp 470.492/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014.

repercussão geral. Ocorre, porém, que o recurso especial não foi conhecido, porque apenas rediscutia a matéria objeto do recurso extraordinário.

Na fundamentação do julgamento do agravo interposto, o STJ aduziu que, contra o indeferimento de subida do extraordinário, o único recurso cabível é o agravo regimental perante o Tribunal de origem, afirmando, ainda, que a legitimação tão somente do recurso de agravo regimental é decorrente de decisão do próprio STF, “que reconhece aos tribunais e órgãos colegiados a competência para firmar o entendimento a respeito da repercussão geral, quando se considerar que ela não exista sobre o tema versado”⁴⁹. Acrescenta dizendo que, se no agravo regimental for mantida a inviolabilidade de admissão do recurso extraordinário, o pronunciamento se tornará irrecorrível, já que a jurisdição da Corte Suprema apenas se inicia quando o Tribunal de origem mantém decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral⁵⁰, conforme o artigo 543-B, §4º, do CPC, “não cabendo, conseqüentemente, recurso ou outro remédio processual”⁵¹. Sendo assim, sob o argumento de que o recorrente pretende, por via transversa, promover a subida do recurso extraordinário inadmitido, o recurso especial foi considerado via inadequada para tal finalidade e, portanto, inadmissível na hipótese. Ante o exposto, com fulcro no artigo 544, §4º, II, alínea *a*, do CPC, o agravo foi conhecido e teve seu provimento negado. Interposto agravo regimental contra tal decisão, esse também foi conhecido e desprovido, uma vez que foi considerado não ter o agravante trazido argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

Em outro julgado, na QO no AI 1.154.599/SP⁵², reafirmando-se o entendimento já apresentado, o relator não conheceu do agravo de instrumento, por entendê-lo incabível, e de tal decisão foi pedida vista. Depois disso, foi suscitada questão de ordem a ser decidida pela Corte Especial e, por maioria, nos termos do voto do relator, foi acolhida a questão de ordem, decidindo-se que não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC. Fundamenta-se, ainda, que:

[s]ob esse enfoque, a norma do artigo 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os

⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AREsp 470.492/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014.

⁵⁰ Observa-se aqui que a interposição de agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade de recurso excepcional que veicule tese que contrarie precedente firmado pelo Tribunal Superior serve como um encerramento da jurisdição do Tribunal de 2º grau. Por um lado, se a decisão do agravo interno for denegatória, reafirmando o precedente, o pronunciamento se tornará irrecorrível. (Porém, é isso que se discute no Código de 2015, sendo a doutrina responsável por elaborar técnicas para afastar essa irrecorribilidade). Por outro lado, se o Tribunal *a quo* mantiver decisão que contrarie precedente firmado pelo Tribunal Superior, iniciar-se-á a jurisdição da Corte Suprema, remetendo-se o recurso excepcional a ela.

⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AREsp 470.492/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014.

⁵² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, QO no AI 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão julgante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial. O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do §7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento do mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de “recurso representativo de controvérsia” (§1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso representativo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica. O momento da Lei nº 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do artigo 544 [...].⁵³

No mesmo julgado, ao se questionar se pode o Tribunal de origem, por meio de seu órgão competente, impedir a subida de agravo de instrumento mediante a aplicação da regra do artigo 543-C do CPC, o relator afirma que sim, uma vez que tal decisão, obstando o seguimento do agravo, não representa usurpação da competência da Corte do STJ, já que o recurso é absolutamente incabível, não previsto em lei para tal hipótese e, conseqüentemente, não inserido na competência da Corte. Aduz, ainda, que poderá haver hipóteses nas quais, de fato, o recurso especial será indevidamente inadmitido, por equívoco do órgão julgador na origem. Porém, até mesmo nesses casos, caberá apenas agravo regimental ao Tribunal *a quo*⁵⁴.

Exatamente neste importante julgado é que se apresenta a maestria do então Ministro do STJ Teori Zavaski, aqui homenageado, que, em voto-vista, decidiu no sentido de não acolher a questão de ordem, por ser cabível o agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade, ao aduzir que o artigo 543-C do CPC, “ao instituir o regime especial de julgamento de recursos especiais repetitivos, não criou restrição ao

⁵³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, QO no AI 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

⁵⁴ Em voto-vista, o Ministro Luiz Fux, então Ministro do STJ, concordou com o acolhimento da questão de ordem, pontuando que: “[...] a Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, não previu o cabimento do agravo nas providências posteriores ao julgamento do recurso repetitivo, numa inequívoca demonstração de que a inadmissão de recurso especial contra a decisão repetitiva – salvo a ocorrência de *distinguish* (ausência de identidade de causas) – não admite recurso para que se remeta ao STJ tese já decidida, porquanto, do contrário, criar-se-ia meio de afrontar a *ratio essendi* da instituição desse filtro recursal. É que o eventual cabimento de agravo importaria ao STJ o julgamento do recurso repetitivo, e, ao depois, o do agravo e o do recurso especial, em contravenção à tese firmada, o que revela *contraditio in terminis*, sem prejuízo de afrontar os princípios constitucionais da razoabilidade e da duração razoável dos processos.” Fux afirma que a tese firmada no recurso representativo da controvérsia admitirá revisão na forma prevista em Resolução do STJ e faz, inclusive, uma sugestão de simulação, na qual constará que “É incabível agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça de decisão que denega recurso especial contra pronunciamento judicial que acolhe a tese firmada em recurso repetitivo”. Nesse sentido, reforçando os argumentos favoráveis ao acolhimento da questão de ordem, o Ministro Aldir Passarinho Junior ressalta, ainda, não haver interesse jurídico em recorrer para o próprio STJ contra uma decisão que seguiu a orientação de tal Corte. *Cit.*

regime constitucional de cabimento de recursos ao STJ nem modificou os requisitos legais de admissibilidade dos recursos sobre matéria idêntica”⁵⁵. Diz, ainda, que a tese defendida na questão de ordem chancela, indiretamente, o não cabimento do próprio recurso especial, ou seja, “seria irrecorrível, para o STJ, o acórdão ou decisão do tribunal local cuja orientação coincidir com a do precedente do STJ”⁵⁶, sendo imutável tal precedente, o que não é aceitável. O Ministro afirmou que, inobstante as consequências positivas que essa orientação traz para a redução da carga de recursos destinados ao STJ, ela esbarra em empecilhos de ordem jurídica. Nesse sentido, Zavascki aduziu:

[...] negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria incompatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. (grifos nossos)⁵⁷

Alega, por fim, que a proposta de substituir o recurso especial ou o agravo de instrumento pelo agravo interno no Tribunal local pode, na prática, apenas *instituir um degrau a mais ou um desvio para o próprio recurso especial ser interposto contra a decisão colegiada proferida no julgamento do agravo interno.*

Há que se salientar, nesse ponto, que Zavascki corretamente previu, desde a vigência do Código anterior, o específico problema que vem sendo vivenciado hoje, depois da reforma legislativa promovida no Novo Código pela Lei nº 13.256/2016, ou seja, desde o Código anterior, os empecilhos à superação dos precedentes já ocorriam, uma vez considerado o entendimento jurisprudencial que havia se consolidado. E, apesar dos esforços de renomados juristas quando da elaboração do Novo Código, a reforma promovida pela Lei nº 13.256 instaurou no Novo Código o entendimento anteriormente encampado pela jurisprudência, o que, obviamente, ocasionou o mesmo problema já percebido anos antes por Zavascki.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, QO no AI 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

⁵⁶ *Cit.*

⁵⁷ *Cit.*

2.1.2.2. Decisões proferidas sob a égide do CPC de 2015 pelo STF e pelo STJ

Expostos alguns julgados das Cortes Superiores, proferidos sob a égide do CPC de 1973, passa-se à análise de outros julgados de tais Cortes, mas que foram proferidos na vigência do CPC de 2015.

2.1.2.2.1. Decisões do STF

O AgRg na Rcl 24.145/SC⁵⁸, em situação semelhante à citada no AgRg na Rcl 22.284/SP⁵⁹ (julgada sob a vigência do Código anterior), foi interposto contra decisão de não provimento ao agravo, à época, previsto no artigo 544 do CPC/1973, interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário por já ter havido discussão da matéria em repercussão geral. O STF, porém, na figura do relator, julgou improcedente a reclamação. E, interposto agravo regimental, sob o fundamento de que o ato reclamado usurpou a competência do STF para análise do agravo do artigo 544, também teve provimento negado. Importante ressaltar que o julgado afirma ser a reclamação um “instrumento previsto pela Constituição, em seu artigo 102, I, para a preservação da competência do STF e garantia da autoridade de suas decisões”⁶⁰. Sendo assim, aduz ser improcedente a reclamação, por usurpação de competência, quando o recurso de agravo ataca decisão de inadmissão do recurso extraordinário fundamentada em precedente formado sob a sistemática da repercussão geral. Portanto, entende não ser cabível a reclamação para questionamento da decisão do Tribunal local que aplica o regime da repercussão geral.

Outro caso semelhante ao anterior é o do AgRg na Rcl 24.885/SP⁶¹, uma reclamação com pedido liminar, contra decisão proferida pelo STJ que não conheceu o recurso de agravo em recurso extraordinário (artigo 1.042 do CPC de 2015), interposto em face de decisão que indeferiu liminarmente recurso extraordinário, com fulcro no artigo 543-B, §3º, do Código anterior. O reclamante, em sua fundamentação, alegou usurpação da competência do STF, como no caso precedente. Todavia, no julgamento da reclamação, o STF decidiu que “a decisão que indefere liminarmente ou julga prejudicado o recurso extraordinário é impugnável por meio de agravo interno, a ser apreciado pelo Tribunal que procedeu ao juízo de admissibilidade”⁶², *ou seja, considerou que a interposição de agravo nos próprios autos (artigo 1.042 do CPC de 2015) contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral constitui erro grosseiro.*

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., AgRg na Rcl 24.145/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07.10.2016, DJE 227, de 24.10.2016.

⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., Ag Rg na Rcl 22.284 /SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.11.2015, DJE 242 de 30.11.2015.

⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., AgRg na Rcl 24.145/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07.10.2016, DJE 227, de 24.10.2016.

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., AgRg na Rcl 24.885 /SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.04.2017, DJE 175, de 08.08.2017.

⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., AgRg na Rcl 24.885 /SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.04.2017, DJE 175, de 08.08.2017.

Aduz-se, ainda, que a Constituição Federal, ao estabelecer taxativamente a competência da Suprema Corte, não previu o cabimento de reclamação para apreciar a correção ou não da aplicação da sistemática da repercussão geral pelos Tribunais *a quo*. Ademais, afirma que a própria legislação processual vigente prevê, no artigo 1.030, que é competência do Tribunal local, que recebe a petição do recurso extraordinário, negar o seguimento de recurso em face de decisão que esteja conforme ao entendimento que o STF tenha exarado em repercussão geral. Por oportuno, menciona que, uma vez que a decisão aplica o entendimento firmado pelo próprio STF, não há que se falar de usurpação da competência de tal Corte. Assim, acredita que a correta aplicação dos precedentes *não é passível de revisão pelo STF*, sendo tal exame cabível ao próprio Tribunal de origem, por meio de agravo interno (artigo 1.030, §2º, do CPC de 2015).

Para reforçar tal entendimento, pontua que:

[...] deve-se observar que essa orientação foi positivada no Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê, como instrumento processual adequado para corrigir supostos equívocos na aplicação do instituto da repercussão geral, a interposição de agravo interno perante o próprio Tribunal de origem (artigo 1.035, §7º, do CPC/15). Vale ressaltar, ainda, que a única hipótese de remessa de recurso ao STF é a prevista no artigo 1.030, V, alínea c, do CPC/2015, que reproduz o que determinava o artigo 543-B, §4º, CPC/1973, qual seja, aquela em que o Tribunal de origem, recusando-se a se retratar, mantém posição contrária ao entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral.⁶³

Considerando todos os argumentos expostos, foi negado seguimento à reclamação e, interposto agravo regimental contra essa decisão, tal recurso foi desprovido.

No AgRg na Rcl 25.078/SP⁶⁴, o julgamento do STF se assemelha aos casos anteriores, tendo negado seguimento à reclamação e, interposto agravo regimental contra tal decisão, foi ele desprovido. *Tudo isso sob o argumento de que o que vigorava no CPC anterior se mantém no atual*, ou seja, o artigo 1.042, *caput*, aduz que não cabe agravo em recurso extraordinário contra decisão do órgão de origem que aplica entendimento do STF firmado em sede de repercussão geral. O diferencial trazido por esse acórdão é que ele afirma que a reclamação pode ser usada para a superação, isso porque:

[a] reclamatória [...] exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., AgRg na Rcl 24.885 /SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.04.2017, DJE 175, de 08.08.2017.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 25.078 /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016, DJE 034, de 20.02.2017.

precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de [...] b) usurpação da competência do STF, pois existente, i) no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (*distinguish*) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, ii) *em hipóteses excepcionais, a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas-históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (overruling).* (grifos nossos)⁶⁵

Por fim, ainda completa dizendo que, se houvesse falar em erronia da decisão recorrida, por inaplicabilidade da tese de repercussão geral ou superação do precedente, deveria o reclamante, primeiramente, promover a distinção no órgão *a quo* e, se negado provimento ao agravo interno e efetivamente demonstrado o fundamento de admissibilidade da reclamação, poderia instaurar, validamente, a competência originária do STF em sede reclamationária, ou seja, “não se deve valer da reclamação como atalho processual ou sucedâneo do recurso previsto no §2º do artigo 1.030 do Novo Código de Processo Civil”⁶⁶.

Pode ser citado também o AgRg no ARE 1.003.037/PA⁶⁷ que, de modo semelhante aos casos anteriores, aduz a inviabilidade do recurso de agravo quando se tratar de decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que fez incidir o regime jurídico disciplinador do instituto da repercussão geral, sendo cabível, na hipótese, apenas o agravo interno. O diferencial de tal julgado é ter reconhecido que essa é uma orientação jurisprudencial que vem desde o Código anterior, tendo sido positivada no Novo Código, pelo artigo 1.042. Portanto, considerando tais fundamentos, o agravo não foi conhecido, por ser manifestamente inadmissível, bem como não foi provido o agravo regimental, interposto contra essa decisão.

2.1.2.2.2. Decisões do STJ

Apresentados alguns julgados do STF, proferidos durante a vigência do Novo Código, passa-se, então, à análise de julgados do STJ, também proferidos conforme o CPC de 2015.

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 25.078 /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016, *DJE* nº 34, de 20.02.2017.

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 25.078 /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016, *DJE* nº 34, de 20.02.2017.

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg no ARE 1.003.037 /PA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.2017, *DJE* nº 125, de 12.06.2017.

A Rcl 10.776/PR⁶⁸ foi ajuizada para combater decisão que não conheceu de agravo nos próprios autos (interposto na égide do CPC de 1973, com fulcro no artigo 544), apresentado contra decisão que inadmitiu recurso especial com fundamento em precedente julgado sob o procedimento dos repetitivos. Observa-se que, ao não conhecer do agravo, foi determinado que o recurso fosse conhecido como agravo regimental, tendo este, porém, provimento negado.

No julgamento da reclamação, aduziu-se que, conforme entendimento consolidado, em face da decisão de inadmissibilidade de recurso especial em razão da aplicação do procedimento dos recursos repetitivos, se admitia apenas a interposição de agravo regimental, sendo que a conversão de eventual agravo de instrumento seria possível se anterior a 19.11.2009⁶⁹. No entanto, há julgamento procedente da reclamação, porquanto o acórdão se encontra em dissonância com entendimento firmado pelo STJ, ou seja, na hipótese, incorreu em equívoco a decisão que inadmitiu o recurso especial com base em recurso repetitivo julgado pelo STJ, uma vez que não se tratava da matéria específica em debate. Sendo assim, a reclamação foi julgada procedente, para anular o acórdão recorrido e determinar a subida do agravo interposto.

No AgRg na Rcl 27.295/RJ⁷⁰, a reclamação foi ajuizada em combate a acórdão que negou provimento a agravo regimental, confirmando decisão que inadmitiu recurso especial, com fundamento no citado artigo 543-C, §7º, I, do CPC de 1973. Porém, fora negado seguimento à reclamação por entender não haver usurpação de competência do STJ e por ser entendimento consolidado o fato de não caber reclamação contra decisão do Tribunal de origem que tenha negado seguimento ao recurso especial com base em decisão proferida sob o regime dos recursos repetitivos. Interposto agravo regimental contra tal decisão, teve seu provimento negado.

O julgado reforça o entendimento dominante do STJ, segundo o qual *é incabível reclamação⁷¹ para impugnar acórdão de Órgão Especial de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal de Justiça que, ao negar provimento a agravo interno, confirma decisão de inadmissão do recurso especial, baseada em decisão proferida em recurso repetitivo, uma vez que a reclamação não pode ser usada como sucedâneo de recursos*. Além disso, o cabimento da reclamação, em tais casos, inutilizaria as vantagens instituídas pelo regime dos recursos repetitivos. Portanto, entende-se cabível, na hipótese, apenas agravo interno, não sendo cabível agravo em recurso especial, bem como entende-se descabida reclamação contra decisão que nega provimento ao agravo interno interposto, uma vez que não há como trazer ao conhecimento do STJ a irresignação contra a decisão (equivocada ou não) que assimila determinado caso

⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª S., Rcl 10.776/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24.08.2016.

⁶⁹ Essa data (19.11.2009) se refere à data em que foram julgados os *leading cases* nos quais se consolidou o entendimento de que o recurso cabível contra decisão de inadmissibilidade de REsp ou RE que contrarie precedente de Tribunal Superior é o agravo interno (Rcl 7.569/SP, Rcl 7.547/SP e QO no AI 760.358/SE).

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª S., AgRg na Rcl 27.295/RJ, Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, j. 13.04.2016.

⁷¹ O entendimento segundo o qual é cabível reclamação nessa hipótese é defendido por renomados juristas, como Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, como será apresentado no item 4.1.4.

ao paradigma estabelecido no julgamento do recurso especial processado sob o regime dos repetitivos. E, dessa maneira, não há como reconhecer qualquer afronta à competência do STJ que enseje o ajuizamento de reclamação.

Em outro julgado, o AREsp 959.991/RS⁷², foi acolhida questão de ordem, suscitada pelo relator, quanto à viabilidade de inclusão do agravo em pauta, com fulcro no §5º do artigo 1.042 do CPC de 2015. No mérito, por unanimidade, foi conhecido parcialmente do agravo, para negar provimento ao recurso especial, com majoração dos honorários advocatícios até então fixados.

O referido julgado aduziu que:

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou a existir expressa previsão legal no sentido do não cabimento de agravo contra decisão que não admite recurso especial quando a matéria nele veiculada já houver sido decidida pela Corte de origem em conformidade com recurso repetitivo (artigo 1.042, *caput*). Tal disposição legal aplica-se aos agravos apresentados contra decisão publicada após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em conformidade com o princípio *tempus regit actum*. A interposição do agravo previsto no artigo 1.042, *caput*, do CPC/2015, quando a Corte de origem o inadmitir com base em recurso repetitivo constitui erro grosseiro, não sendo mais devida a determinação de outorria de retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que o aprecie como agravo interno.⁷³

Reforça-se, ainda, que, quando da vigência do CPC anterior, não havia expressa previsão legal para a hipótese debatida, como há no Código atual. E, reafirmando entendimento consolidado em Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP⁷⁴, já citado anteriormente, faz alusão à orientação firmada no sentido de não cabimento do agravo em recurso especial contra decisão que nega seguimento a recurso especial com fundamento no artigo 543-C, §7º, I, do CPC anterior (já que tal precedente teve decisão proferida sob a égide do CPC de 1973), cabendo à parte interessada, se assim desejar, interpor apenas agravo interno ou regimental na origem, para demonstrar a inaplicabilidade do *leading case*.

Em outro julgado, o AgInt na Rcl 34.141/SP⁷⁵, a reclamação foi ajuizada em razão da indignação com o desprovimento de agravo em recurso especial, interposto contra decisão de inadmissão do recurso especial. Ocorre, porém, que foi indeferida liminarmente a petição inicial de reclamação, por entender não estar caracterizada

⁷² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., AREsp 959.991/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.08.2016.

⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª T., AREsp 959.991/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.08.2016.

⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, QO no Ag 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª S., AgInt na Rcl 34.141/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.08.2017.

nenhuma hipótese de cabimento de reclamação. Ademais, afirma-se que caberá ao Tribunal local, com exclusividade, o juízo de admissibilidade de recurso especial quando o acórdão recorrido coincidir com jurisprudência formada no âmbito de recurso representativo de controvérsia (conforme artigo 1.040, I, do CPC)⁷⁶, “sendo certo que, no caso de insurgência contra essa decisão, deverá a parte interpor agravo regimental [...]”⁷⁷. Cita-se, ainda, o artigo 1.030, I, alínea b, e §2º do CPC de 2015, ao aduzir que o entendimento antes apontado se encontra positivado no artigo 1.030, §2º, do CPC, que estabelece, de forma expressa, o cabimento tão somente do agravo interno para a Corte de origem, com vistas à revisão da tese aplicada nos autos. Sendo assim, no julgado ora analisado, tendo sido interposto agravo interno contra a decisão que indeferiu liminarmente a reclamação, teve provimento negado⁷⁸.

Idêntica fundamentação foi utilizada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em decisão monocrática, no AREsp 1.170.332/SP⁷⁹. No referido julgado⁸⁰, adotou-se o entendimento de que, contra a decisão de inadmissibilidade de recurso especial que veicula tese contrária à precedente firmada pelo STJ em procedimento de recursos repetitivos, o único recurso cabível é o agravo regimental (interno). *Ademais, manifesta-se no sentido de que a decisão do agravo interno é definitiva, não havendo recurso a ser interposto contra ela.* Nesse sentido, foi mantido o entendimento do acórdão recorrido em agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial, inviabilizando nova análise pelo STJ. E, ao negar provimento ao agravo em recurso especial interposto, o Ministro afirmou:

[n]a sistemática introduzida pelo art. 543-C do CPC/73, incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado

⁷⁶ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; [...]

⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª S., AgInt na Rcl 34.141/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.08.2017.

⁷⁸ No AgInt na Rcl 34.085/SP, a reclamação não foi conhecida pelos mesmos argumentos do julgado exposto acima. Em sua fundamentação, se argumentou que, conforme a jurisprudência do STF, não é cabível reclamação para reformar o julgamento de agravo interno (no Tribunal local), interposto contra decisão que denegou a subida do recurso especial, sob o fundamento de que a tese nele contida era divergente da orientação firmada em julgamento de recurso representativo de controvérsia. Entende, assim, que cumpre exclusivamente ao Tribunal *a quo*, ao julgar o agravo interno, promover a revisão do juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em recurso repetitivo, não sendo possível, posteriormente, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido às Cortes Superiores, “sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantado pela Lei nº 11.672/2009”. No caso em questão, por todos os fundamentos expostos, foi interposto agravo interno contra a decisão que não conheceu da reclamação, tendo tal recurso o provimento negado. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª S., AgInt na Rcl 34.085/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 23.08.2017.

⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., AREsp nº 1.170.332/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2017.

⁸⁰ Já tivemos oportunidade de criticar esse julgado em: NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. *Revista CONJUR*. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-nov-22/opiniao-stj-meios-superacao-precedentes.

em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido ao STJ [...].⁸¹

No AREsp 1.108.347/MG⁸², o julgamento se inicia fazendo alusão ao Enunciado Administrativo 3 do STJ⁸³. No caso em questão, não foi conhecido o agravo em recurso especial por dois motivos. O primeiro deles se deve ao fato de que as razões deduzidas na minuta do agravo previsto no artigo 1.042 do CPC de 2015 devem impugnar a totalidade dos motivos adotados no juízo de admissibilidade feito no Tribunal local, sob pena de desatenção ao ônus da dialeticidade, o que não foi respeitado na hipótese. Ademais, ao repisar todos os argumentos já expostos nos julgados anteriores, afirma que, a teor do artigo 1.042, não cabe interpor agravo em recurso especial contra capítulo decisório fundado na aplicação de entendimento originário do regime de recursos repetitivos, sendo o agravo interno o recurso correto, conforme artigo 1.030, inciso I, alínea b, e §2º do CPC de 2015, e constituindo erro grosseiro a interposição de agravo em recurso especial.

Em semelhança ao disposto anteriormente, podem ser citados outros julgados, como o AgInt no AREsp 1.020.811/MS⁸⁴, no qual há citação do artigo 1.030, I, alínea b, e §2º do CPC de 2015 para rechaçar o cabimento de agravo em recurso especial contra decisão que não admite recurso especial com base em repetitivo. Nesse julgado, foi conhecido parcialmente do agravo, sendo-lhe negado provimento e, interposto agravo regimental, foi esse desprovido. Outros casos semelhantes são os do AgInt no AREsp 1.050.294/DF⁸⁵, do AgInt no AREsp 1.053.970/DF⁸⁶ e do AgRg no AREsp 994.487/MG⁸⁷, nos quais se entendeu pelo cabimento apenas de agravo interno e pela não aplicação da fungibilidade quando interposto agravo em recurso especial. Sendo assim, em ambos, não se conheceu do agravo e, interposto agravo interno (regimental) contra tal decisão, teve provimento negado. O AgInt no AREsp 982.074/PR⁸⁸ mantém a mesma orientação dos julgados anteriores, salientando que, conforme o disposto no artigo 1.030, §2º, do Novo Código, não cabe agravo em recurso especial ao STJ contra decisão de inadmissibilidade que se baseia no artigo 1.030, inciso I, alínea b, sendo competente o Tribunal de 2º grau, por agravo interno, para decidir sobre suposto

⁸¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., AREsp nº 1.170.332/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2017.

⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AREsp nº 1.108.347/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2017.

⁸³ Enunciado Administrativo 3 do STJ: *Aos recursos interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

⁸⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., AgInt no AREsp 1.020.811/MS, Rel.ª Min.ª Isabel Gallotti, j. 16.05.2017.

⁸⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., AgInt no AREsp 1.050.294/DF, Rel.ª Min.ª Regina Helena Costa, j. 08.06.2017.

⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., AgInt no AREsp 1.053.970/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 25.04.2017.

⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 6ª T., AgRg no AREsp 994.487/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21.02.2017.

⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 6ª T., AgInt no AREsp 982.074/PR, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 25.10.2016.

equivoco na aplicação de precedente do STJ em recurso especial representativo da controvérsia. Em reforço a tal entendimento, também pode ser citado o AgInt no AREsp 1.003.647/BA⁸⁹, que, ao não conhecer do agravo em recurso especial, aduziu que a decisão agravada, qual seja, a decisão de inadmissibilidade do recurso especial, foi publicada já na vigência do Novo Código, o que afastou a aplicação do princípio da fungibilidade, já que nesse Diploma Legal não há mais dúvidas objetivas acerca do recurso cabível na hipótese. E, na ementa do agravo interno, interposto contra a decisão que não conheceu do agravo em recurso especial, menciona que o CPC de 2015 determina, expressamente, o cabimento de agravo interno contra a decisão que, “especada no artigo 1.030, inciso I, alínea b”⁹⁰, não admite o recurso especial. Aduz, ainda, que “a interposição do agravo em recurso especial [...] constitui erro grosseiro, tendo em vista a inexistência de dúvida objetiva, ante a expressa previsão legal do recurso adequado, não sendo mais devida a determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que o aprecie como agravo interno”⁹¹.

Como um dos autores já comentou (ao lado de Bahia e Pedron), as decisões como essa, nas quais se considera erro grosseiro a interposição do agravo em recurso especial ou extraordinário (ao invés do agravo interno) contra decisões de inadmissibilidade que se fundem em recursos repetitivos ou em repercussão geral, *estão em clara dissonância com a norma fundamental da primazia do mérito* e com a decorrente adoção de maior elasticidade para a fungibilidade recursal no sistema adotado pelo Novo Código, em um nefasto movimento de “jurisprudência defensiva”⁹².

Por fim, o último precedente a ser citado nessa sede (apesar da existência de inúmeras outras em sentido análogo) é o AgInt no AREsp 1.011.038/RN⁹³. Nesse caso, um recurso especial interposto teve seguimento negado com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC anterior e, interposto agravo regimental, foi esse desprovido. Depois disso, o recorrente interpôs novo recurso especial, alegando contrariedade ao artigo 1.022, I e II, do CPC de 2015⁹⁴, que novamente não foi admitido. Diante de tal decisão, foi interposto agravo, com fulcro no artigo 1.042 do CPC atual. Ao adotar entendimento semelhante aos julgados já citados, esse fez referência a precedentes

⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgInt no AREsp 1.003.647/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.02.2017.

⁹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgInt no AREsp 1.003.647/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.02.2017.

⁹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgInt no AREsp 1.003.647/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.02.2017.

⁹² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.) FREIRE, Alexandre (Coord. Executivo). *Comentários ao Código de Processo Civil*. De acordo com a Lei nº 13.363/2016 e com a EC nº 94/2016. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.415.

⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgInt no AREsp 1.011.038/RN, Rel.ª Min.ª Assusete Magalhães, j. 18.05.2017.

⁹⁴ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; [...]

(AgRg no AREsp 652.000/PB⁹⁵ e AgRg no AREsp 551.886/PB⁹⁶) que, desde antes da entrada em vigor do Novo Código, já diziam ser inadmissível a interposição de novo recurso especial contra acórdão que, no julgamento de agravo interno, mantém a decisão denegatória, com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC/1973. Defendem, assim, que a impugnação é só por meio de agravo interno, o que, conforme o julgado ora analisado, restou ratificado pelo artigo 1.042. Cita, ainda, outro precedente também anterior à entrada em vigor do Novo Código, o AgRg no AREsp 540.265/PB⁹⁷, que afirma ser cabível, em tal hipótese, eventual ação rescisória, nos seguintes termos:

[a]s alegações acerca do equívoco na aplicabilidade do entendimento firmado em sede de recurso especial repetitivo *devem ser objeto de eventual ação rescisória*, não competindo o seu exame, nesse momento, ao Superior Tribunal de Justiça, especialmente quando o Tribunal de origem inadmite o recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, I, do CPC/73, contra o qual não cabe qualquer recurso, salvo agravo interno para o Tribunal de origem. (grifos nossos)⁹⁸

Apresentados diversos julgados do STF e do STJ, proferidos tanto antes quanto posteriormente à entrada em vigor do Novo Código, o que importa salientar é que o entendimento jurisprudencial majoritário se dá no sentido de que, diante da decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário ou de recurso especial que se fundamenta em decisão proferida sob o regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos (ou representativos de controvérsia, como eram denominados), cabe recurso apenas para o Tribunal *a quo*, *inviabilizando-se por completo o acesso aos Tribunais Superiores, em tais hipóteses*. Sendo assim, a reforma legislativa promovida pela Lei nº 13.256/2016 apenas encampou o exercício paralegislativo que já vinha sendo adotado pelos tribunais.

Ocorre que esse entendimento vai contra o modelo constitucional de processo brasileiro eis que instala um sistema de precedentes que, ao menos parcialmente, inviabiliza a superação de entendimentos por fundamentos tão somente utilitaristas e que encaram os precedentes como mero mecanismo de gerenciamento de processos repetitivos, desprezando a integridade que esses precedentes exigem e garantem.

Reconhecido tal fato, deve-se passar à análise dos possíveis impactos em termos de acesso à jurisdição, mais especificamente quanto à possibilidade de alegação de superação dos entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores.

⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 652.000/PB, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 02.06.2015. Disponível em: www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201403095305&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 21.09.2017.

⁹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., AgRg no AREsp 551.886/PB, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 21.08.2014.

⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., AgRg no AREsp 540.265/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2014.

⁹⁸ *Cit.*

2.1.3. Os impactos da alteração no acesso à jurisdição

Conforme demonstrado anteriormente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na égide do CPC de 1973, era majoritária⁹⁹ quanto ao recurso cabível na hipótese de se inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial com fundamento em decisão do STF ou do STJ em repercussão geral ou em recursos representativos de controvérsia, ou seja, em tais hipóteses se entendia pelo cabimento de agravo interno, ao próprio Tribunal *a quo*, a fim de que os Tribunais Superiores não precisassem se ocupar com matéria já pacificada por eles. Porém, o problema em tal entendimento (que foi replicado no Novo Código depois da reforma realizada pela Lei nº 13.256) se refere à inviabilidade de acesso às Cortes Superiores pelas partes, já que os seus recursos serão barrados em 2º grau, bem como os recursos contra essas decisões de inadmissibilidade.

Da leitura do Código de 2015, pode-se observar que esse Diploma Legal se caracteriza por utilizar o sistema de precedentes para viabilizar ao Judiciário uma técnica de julgamento¹⁰⁰, visto que confere poderes à autoridade competente do Tribunal local para negar seguimento a recurso excepcional no caso de o acórdão estar em conformidade com precedente. E isso se comprova pelos artigos a seguir expostos. Como visto no artigo 1.030, §2º, do CPC de 2015, diante de decisão do presidente ou do vice-presidente do Tribunal de origem que negue seguimento a recurso extraordinário que discuta matéria que o STF decidiu não reconhecer a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que aplicou entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral, ou a recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão que esteja conforme entendimento do STF ou STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recurso repetitivo, o recurso cabível será o agravo interno, não havendo como levar a matéria no Tribunal Superior, por entender que este já se manifestou quanto ao assunto. Ademais, o artigo 1.042 presta-se a reforçar tal entendimento, uma vez que prevê que, contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário ou de recurso especial, é cabível agravo diretamente ao Tribunal Superior, exceto quando a decisão de inadmissibilidade se fundar na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

Macedo elucida que, embora no dispositivo do artigo 1.030 a proposta de modificação legislativa tenha sido a de retornar com o juízo de admissibilidade dos Recursos aos Tribunais Superiores, o que ele efetivamente fez foi fixar a competência para o presidente ou vice-presidente do Tribunal realizar, além do juízo de admissibilidade, uma análise do próprio mérito recursal. Em casos nos quais há precedente, o Tribunal de 2º grau, ao pretensamente fazer o juízo de admissibilidade, deve, na realidade, analisar o mérito, ao fazer um juízo de identidade entre o caso e o

⁹⁹ Esse entendimento quanto ao cabimento de agravo interno contra decisão que inadmitisse recurso excepcional com fundamento em decisões do STF ou STJ em repercussão geral ou em recursos representativos de controvérsia começou a tomar força a partir do ano de 2009.

¹⁰⁰ Para uma visão mais completa do fenômeno consultar: VIANA, Aurélio, NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*, *cit.*

precedente, negando seguimento ao recurso se entender aplicável a *ratio decidendi* extraída do precedente. Assim, a reforma feita pela Lei nº 13.256/2016, ao determinar a autoridade do Tribunal de 2º grau como competente para negar seguimento ao recurso na hipótese de o precedente incidir no caso, acabou por lhe atribuir competência para decidir sobre o próprio mérito recursal e “[...] isso só mostra como a reforma legislativa passou ao largo da técnica processual e, sobretudo, de uma concepção adequada de teoria dos precedentes”¹⁰¹. Ademais, o jurista pontua o perigo de que os Tribunais intermediários venham a considerar a identidade de modo diverso entre si, ou seja, enquanto para um tribunal o precedente será aplicável a certos casos, outro tribunal poderá avaliar os mesmos casos e considerar que o precedente versa sobre questão distinta. Assim, “há possibilidade de os juízos distintivos feitos pelos Tribunais intermediários diferirem entre si, ocasionando dissensos sérios entre a abrangência e os efeitos da mesma *ratio decidendi* [...]”¹⁰².

É clara a posição do CPC de 2015 em buscar a imposição de posicionamento aos Tribunais locais dos padrões decisórios dos Tribunais Superiores e em positivar a inviabilidade de acesso a essas Cortes, quando o recurso extraordinário ou especial adotar tese em contrariedade a entendimento já firmado por tais Cortes quanto à matéria abordada, ou seja, em nosso novo sistema, a força dada aos precedentes, mais especificamente àqueles formados pelo STF e pelo STJ, apresenta-se de tal monta que os entendimentos em contrário não merecem, ao menos, ser discutidos pelas Cortes Superiores. Reconhecido isso, surgem diversas críticas quanto à matéria. Volpe Camargo menciona que inexistente dúvida de que o sistema brasileiro se encontra em fase de transformação e que o CPC de 2015 pretende assegurar isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança com a necessidade de se respeitar os precedentes. Porém, mesmo assim, o jurista acredita parecer exagerada a vedação de qualquer tipo de via do acesso aos Tribunais Superiores “para provocar – com o passar do tempo, naturalmente – a evolução do direito”¹⁰³.

Como o primeiro autor já disse em outra sede, a racionalização normativa de um sistema de precedentes, como ocorre no Novo Código, não pode levar ao engessamento de entendimentos nos Tribunais Superiores, já que, a partir do CPC de 2015, se almeja a formação de decisões do modo mais dialógico possível. Salientou-se, ainda, que o precedente não deve viabilizar um “dogma incontrovertido que permite

¹⁰¹ MACÉDO, Lucas Buril de. A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 12, p. 343 e 344.

¹⁰² MACÉDO, Lucas Buril de. A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 12, p. 347.

¹⁰³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Do agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário no Código de Processo Civil de 2015. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 564.

aplicação passiva e mecânica”¹⁰⁴. E, por fim, com Streck, se demonstrou preocupação com a recente formação de um “sistema obtuso de padronização decisória no qual o Parlamento e toda a sociedade ver-se-ão reféns dos entendimentos e decisionismos dos Tribunais Superiores”¹⁰⁵.

O que importa também salientar é que a inviabilidade de acesso aos Tribunais Superiores, a fim de se impedir a rediscussão de matérias já tratadas por tais Cortes, tem como principal reflexo o empecilho à superação dos padrões decisórios formados, mecanismo esse de grande relevância em um sistema de precedentes, como o adotado pelo Código de 2015.

Os precedentes não podem ser dissociados de duas técnicas, imprescindíveis em sua sistematização: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*). Conforme aduzem Bahia e Silva, a distinção ocorre quando o órgão julgador, diante de um caso, entende que este possui particularidades que exigem tratamento diferenciado do que foi dado no caso paradigma; já a superação se refere às modificações sociais ou jurídicas (como a modificação substancial do entendimento de uma norma, decorrente de alteração econômica, política ou social da matéria ou alteração da própria norma) que impactam o precedente formado¹⁰⁶. Com Theodoro Júnior e Bahia salientou-se, ainda, que, no método da superação, “os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem”¹⁰⁷.

Bahia e Silva mencionam existir uma importante diferença entre distinção e superação, uma vez que na distinção o precedente continua válido, só não se aplicando ao caso concreto por diferenças fáticas; já na superação não, visto que o precedente não mais se coaduna com a realidade jurídica ou social. Sendo assim, enquanto a distinção serve para adequar a aplicação do direito a um caso específico, considerando as suas circunstâncias fáticas, a superação serve como um “modelo de evolução do direito”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ NUNES, Dierle. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Publicado em 26.11.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos. Acesso em: 15.11.2016.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *O Senado vai permitir a mutilação do novo CPC antes de entrar em vigor*. Publicado em 01.12.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-dez-01/senado-permitira-mutilacao-cpc-antes-entrar-vigor. Acesso em: 15.11.2016.

¹⁰⁶ BAHIA, Alexandre; SILVA, Diogo Bacha. *O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 55, 2015. Disponível em: www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/455. Acesso em: 07.11.2016.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 189, p. 42, nov. 2010.

¹⁰⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. *O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 55, 2015. Disponível em: www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/455. Acesso em 07.11.2016.

Em uma teoria dos precedentes judiciais, torna-se necessário assegurar mecanismos que possibilitem aos sujeitos processuais suscitarem a distinção entre o caso paradigma e o caso concreto (a fim de que lhes sejam aplicados resultados diferentes, conforme suas circunstâncias fáticas), bem como tenham assegurada a possibilidade de suscitar a superação do precedente, para adequá-lo às mudanças jurídicas, sociais, políticas ou econômicas. Como o primeiro autor já pontuou com Theodoro Júnior *et al.*, “se o Brasil quiser se apoiar em precedentes”, deverá adotar duas previsões essenciais, quais sejam: as técnicas da distinção e as da superação, que pertencem à praxe forense de países de *common law* e que são utilizadas por juízes e advogados para flexibilidade e enrijecimento que poderia advir do *stare decisis*¹⁰⁹.

Outro ponto importante a ser salientado é que a distinção pode ser promovida por qualquer órgão jurisdicional¹¹⁰. Sendo assim, na hipótese de a parte não se conformar com decisão de inadmissibilidade de recurso especial ou extraordinário que se fundamente em entendimento exarado em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos, por entender que há distinção fática entre o caso tratado e o caso paradigma utilizado para inadmitir o recurso, poderá suscitar tal distinção em sede do agravo interno no Tribunal *a quo*. Isso porque o Tribunal local, enquanto órgão competente para promover a distinção, ao apreciar o agravo interno, pode constatar as peculiaridades fáticas que distinguem os casos e, conseqüentemente, rever a decisão que inadmitiu erroneamente o recurso.

Quanto ao tema, já se aduziu com Horta que, ao se promover o afastamento de determinado precedente por eventual distinção, não se questiona a validade, a eficácia, a legitimidade ou a hierarquia do Tribunal que formou tal precedente, apenas se afirma tratar-se de direito não aplicável à espécie. Salientou-se, ainda, que é por esse motivo que, diferentemente da superação, a distinção pode vir a ser realizada por qualquer órgão, independentemente do nível hierárquico dos órgãos prolores da decisão e do precedente¹¹¹.

Por outro lado, na sistemática do Novo Código, que prevê o cabimento de agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade, a superação sofre graves dificuldades. Como leciona Volpe Camargo, “ordinariamente, quem tem o poder de superar uma orientação é a própria Corte que a criou, já que qualquer sistema de precedente tem como matriz o respeito à estrutura hierarquizada de atribuições de cada esfera de atuação do Poder Judiciário”¹¹². Sendo assim, como o órgão competente para promover a superação é apenas o próprio juízo prolator da decisão, um precedente

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 362.

¹¹⁰ Nesse sentido, cita-se o Enunciado 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.”

¹¹¹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguish* no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÉDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹¹² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Do agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário no Código de Processo Civil de 2015. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.) *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 566.

formado por um Tribunal Superior pode ser superado apenas por ele, não sendo o Tribunal de 2º grau órgão competente para tanto.

Levando isso em consideração, já se afirmou, quanto à redação original dada ao Novo Código, que, enquanto a admissibilidade dos recursos extraordinários estivesse concentrada nas Cortes Superiores, as partes teriam possibilidade de acessar o órgão prolator do precedente (já que inexisteria filtragem prévia na origem) e, conseqüentemente, se viabilizaria a revisão dos entendimentos de tais Tribunais, mantendo-se a grande virtude do sistema de precedente: “a de se impor a possibilidade de revisão e reinterpretção dos fundamentos determinantes dos casos, mantendo a possibilidade constante de aprimoramento do direito”¹¹³. Ainda se aduziu que a escolha feita pela Lei nº 13.256/2016 de manter o sistema vigente no Código anterior, no que tange ao juízo de admissibilidade na origem, não traria embaraços se, ainda assim, fosse assegurado o acesso ao STF ou ao STJ para viabilizar a superação de seus entendimentos, já que, dessa forma, não haveria petrificação dos mesmos, consoante a falsa e equivocada crença de que caberia a tais Cortes dar a última e definitiva palavra sobre o direito¹¹⁴. Ocorre, porém, que o Código de 2015, como se viu à exaustão, em sua redação atual, adotou sistemática flagrantemente contrária a isso.

Com o advento da Lei nº 13.256/2016 e a redação modificada dada ao Código, forma-se o seguinte quadro: a parte, inconformada com decisão proferida por Tribunal local, interpõe recurso extraordinário ao STF ou recurso especial ao STJ. Porém, por conter tese em contrariedade a entendimento já exarado pelo STF em repercussão geral ou pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, o recurso é inadmitido em 2º grau (ou seja, a decisão recorrida foi proferida em conformidade com o padrão decisório do Tribunal Superior). Ainda convencida de que o entendimento adotado pelo Tribunal Superior deve ser superado e trazendo fundamentações para tanto, cabe à parte recorrer apenas para o Tribunal local (por meio de agravo interno), já que lhe é impedido acesso, em tais hipóteses, aos Tribunais Superiores. E o Tribunal de 2º grau, enquanto incompetente para promover a superação dos entendimentos do STF ou do STJ, não pode acolher a fundamentação exposta no agravo interno, ou seja, o resultado de tal quadro é a petrificação dos entendimentos uma vez firmados pelas Cortes Superiores, sendo inviabilizado aos cidadãos ao menos solicitar a rediscussão de tais teses, quando entenderem existir motivos para sua superação. Haverá, portanto, a mácula a um sistema normativo pensado para aprimorar o direito e aproximá-lo do modelo constitucional de processo¹¹⁵.

Dessa maneira, levando-se em consideração que a superação da tese jurídica é de competência do Tribunal que a formou ou de Corte hierarquicamente superior, impedir que a discussão sobre a superação de um precedente, ao menos, chegue

¹¹³ NUNES, Dierle. *Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos*. Publicado em 26.11.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpc-apresenta-riscos. Acesso em: 15.11.2016.

¹¹⁴ *Cit.*

¹¹⁵ *Cit.*

ao STF ou ao STJ implica impedir a própria técnica de superação do precedente, ocasionando-se o seu engessamento, ainda que existentes modificações sociais, políticas, econômicas e jurídicas que lhe impactem.

Delineado todo esse quadro, faz-se necessário pensar em como promover a superação dos precedentes.

3. As dificuldades para a superação dos entendimentos consolidados nos Tribunais

Em face de todos os empecilhos já descritos e da constatação de que os Tribunais terão a oportunidade, *a priori*, de se manifestar apenas uma vez acerca de cada matéria, entra em pauta a necessidade de se vislumbrar formas de superação dos entendimentos para se impedir o engessamento do direito nos Tribunais Superiores.

Podem-se observar com clareza as incompatibilidades do atual estado de aplicação aos ideais de um processo participativo em face do impedimento de manifestação das partes mediante a apresentação de argumentos relevantes em prol da superação dos precedentes, além de ocasionar o engessamento do direito nos Tribunais Superiores¹¹⁶⁻¹¹⁷, sendo que estes se manifestarão sobre as teses em uma única oportunidade nem mesmo chegando a eles a discussão para um possível *overruling*. Pode-se concluir que o fechamento argumentativo aqui observado é de tal monta que beira à inconstitucionalidade, ao se considerar o ordenamento jurídico brasileiro e o próprio Estado Democrático.

Deve ser superada a prática, nesses termos, que normalmente vem se desenvolvendo, no sentido de utilizar um precedente advindo das Cortes Superiores “quase como um esgotamento argumentativo” a ser aplicado mecanicamente às causas repetitivas e, concedendo-lhe, até mesmo, abstratividade e generalidade tal qual uma lei¹¹⁸.

Ademais, o evidenciado prejuízo à superação de precedentes vai de encontro ao próprio Código de 2015, em seu artigo 927, §4º¹¹⁹, que deixa clara a possibilidade de alteração da jurisprudência dos Tribunais Superiores, desde que seja devidamente fundamentada e que respeite a segurança jurídica, a proteção da confiança e a

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 346.

¹¹⁷ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.); JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.) *Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 259.

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 136.

¹¹⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. [...]

isonomia¹²⁰. Nesse sentido, Pinho e Rodrigues salientam que, ainda que a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais sejam essenciais em um sistema democrático, é “importante e vital para o sistema a modificação de seus precedentes diante da mudança do cenário social ou legislativo”¹²¹.

Por fim, Macedo pontua que, em um sistema de precedentes, nenhuma Corte se limita a consagrar seu entendimento jurisprudencial como se fosse “algo pronto e acabado”, que funciona como “resposta verdadeira e definitiva”, sendo “imune às intempéries da evolução social e à própria possibilidade de erro”. Dessa maneira, aduz um ponto negativo na reforma da redação original do Novo Código, por considerar que se adota uma concepção de precedente judicial que ignora a noção de superação das *rationes decidendi*, o que, na visão do autor, seria papel imprescindível dos Tribunais Superiores¹²².

3.1. Algumas sugestões interpretativas para viabilizar a superação

É amplamente reconhecida, em nossa doutrina, a ausência de mecanismo expresso no CPC que viabilize a superação dos entendimentos consolidados pelos Tribunais Superiores, depois da alteração na redação promovida pela Lei nº 13.256/2016. Dessa forma, o referido encargo foi repassado à literatura jurídica, que se debruça sobre o tema, a fim de construir medidas que viabilizem o acesso às Cortes Superiores, buscando-se, assim, reafirmar a democratização processual, mediante a participação dos jurisdicionados, ao suscitarem, perante os Tribunais, as possíveis razões para a superação de teses jurídicas.

Conforme se pontuou com Bahia e Pedron, alguns dos novos incisos do artigo 1.030, aqui já amplamente apresentados, nascem com um potencial vício de inconstitucionalidade ao trazer novos requisitos negativos aos recursos especiais e extraordinários, não previstos pela Constituição Federal (artigos 102, III, e 105, III). Os novos requisitos trazidos para esses recursos de fundamentação vinculada impedem, inclusive, que uma matéria já apreciada pelo Tribunal Superior em precedentes volte a este, inviabilizando-se a superação do entendimento. Perceba-se que apenas a Constituição poderia aumentar ou diminuir a competência dos Tribunais¹²³.

¹²⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, p. 54, 2015. Disponível em: www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/455. Acesso em 07.11.2016.

¹²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*: Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 10, p. 297.

¹²² MACÉDO, Lucas Buriel de. A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*: Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 12, p. 350 e 351.

¹²³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.) FREIRE, Alexandre (Coord. Executivo).

Como já salientado, impedir o reexame dos precedentes por parte dos Tribunais que os consolidaram impõe um fechamento argumentativo que é flagrantemente contrário às tendências democráticas de nosso ordenamento e, até mesmo, do próprio Código. Sendo assim, passa-se à análise de reflexões de juristas no intuito de flexibilizar essa situação, permitindo a superação de entendimentos consolidados nas Cortes Superiores.

Inicialmente, observa-se que o entendimento, segundo o qual não caberá nenhuma forma de impugnação diretamente ao Tribunal Superior quando se negar provimento a agravo interno interposto contra a decisão de inadmissibilidade de recurso especial ou extraordinário fundamentada na conformidade entre o acórdão recorrido e decisão da Corte Superior em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral¹²⁴, não merece guarida e precisa ser combatida incessantemente até os tribunais aceitarem algum modo de reexame de seus precedentes. Isso porque, conforme aduz Oliveira Júnior, cercear o direito da parte de suscitar perante o Tribunal a superação da tese jurídica afronta as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação racional¹²⁵.

Não se pode olvidar, porém, o cabimento de embargos de declaração na hipótese. E, para Didier¹²⁶, tais embargos devem ser interpostos com fulcro no artigo 1.022, parágrafo único, inciso II,¹²⁷ e artigo 489, §1º, incisos V e VI do Código¹²⁸. Com Bahia e Pedron, afirma-se ser inegável o cabimento de embargos de declaração. Tais embargos buscam especialmente a demonstração de contradição externa, o que quer dizer que “quando o Tribunal de origem possuir decisões em sentido contrário à do precedente do Tribunal Superior e em respeito ao dever cooperativo de coerência (art. 926) induziria a autorização de análise de fundamento ainda não enfrentado pelo STJ ou pelo STF”¹²⁹.

Comentários ao Código de Processo Civil. De acordo com a Lei nº 13.363/2016 e com a EC nº. 94/2016. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.415.

¹²⁴ O referido entendimento foi adotado em alguns julgados analisados no Capítulo 2 do presente trabalho. Entre eles, o AREsp nº 1.170.332/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual foi proferida decisão monocrática no sentido de que a decisão do agravo interno tem caráter definitivo, não sendo cabível qualquer outro recurso dirigido ao STJ.

¹²⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

¹²⁶ Posicionamento apresentado por Fredie Didier, em palestra nomeada de *Questões sobre o art. 1.030 do CPC*, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_npc. Acesso em: 31.08.2017.

¹²⁷ Art. 1022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: [...]

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.

¹²⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]

¹²⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.) FREIRE, Alexandre (Coord. Executivo). *Comentários ao Código de Processo Civil*. De acordo com a Lei nº 13.363/2016 e com a EC nº 94/2016. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.416.

Outro posicionamento adotado por alguns juristas é o de se proceder a uma releitura do texto do Novo Código, dando-lhe uma interpretação conforme a Constituição. Sendo assim, em vistas de não engessar o direito jurisprudencial, permitindo a superação das teses jurídicas, não deverá ser inadmitido o recurso ao Tribunal Superior (ainda que contrarie tese consolidada em repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos) quando este possui intuito de superação de precedentes. Deverá, então, ser vedado o acesso ao Tribunal Superior apenas quando o recorrente não suscitar argumentos novos com o objetivo de promover a superação da tese. Nesse sentido, Macedo pontua que, indo além da literalidade dos artigos e lhes garantindo um significado sistematicamente adequado e constitucionalmente válido, os argumentos aptos à superação que não foram refutados devem ser levados, por meio do recurso excepcional, ao Tribunal Superior, competente para seu julgamento. Assim, apenas se impede a reanálise de argumentos já desenvolvidos e solucionados pelas Cortes Superiores e, se trazer um novo argumento não examinado pelo STF ou pelo STJ, ainda que em questão ou entendimento já pacificado em precedente, o recurso especial ou o extraordinário deverá ser normalmente processado, sem ter seu seguimento negado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal *a quo*¹³⁰. Também, corroborando com tal entendimento, Didier afirma que o presidente ou o vice-presidente do Tribunal *a quo* deve permitir a subida ao Tribunal Superior de recurso que, ainda que contrarie precedente consolidado, alegue a possibilidade de superação, devendo tal decisão de admissibilidade se fundamentar no artigo 489, §1º, incisos V ou VI, do Código¹³¹.

Posicionamento um pouco mais radical, igualmente apresentado por Macedo, é o de promover a mudança legislativa, a fim de que se garanta direta e literalmente o significado adequado ao artigo 1.030 do Novo Código, em respeito à função constitucional dos Tribunais Superiores. Na alteração legislativa proposta, indica-se que seja acrescentado no dispositivo que a decisão do presidente ou do vice-presidente pela inadmissibilidade do recurso deve ser proferida quando esse contrariar precedente firmado em sede de repercussão geral ou de recurso repetitivo, exceto quando o recorrente trazer a afirmação de situação nova ou diversa a justificar uma nova decisão, ou seja, exceto quando o recurso trazer argumentos que levem à superação (ou à distinção). Ademais, prevê que, no inciso V do artigo 1.030, deve ser expresso que o juízo de admissibilidade será positivo quando os argumentos recursais ainda não tenham sido analisados e decididos em acórdão de repercussão geral, recurso extraordinário ou de julgamento de recursos repetitivos, quer dizer, são suscitados argumentos de análise inédita por parte da Corte Superior. Além disso, propõe a elaboração de um

¹³⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 12, p. 358 e 359.

¹³¹ Palestra ministrada por Fredie Didier, nomeada de *Questões sobre o art. 1.030 do CPC*, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_npc. Acesso em: 31.08.2017.

parágrafo no qual se prevê que, da decisão proferida em agravo interno pelo pleno ou órgão especial do tribunal (tendo sido esse agravo interno interposto contra a decisão de inadmissibilidade de recurso), caberá agravo ao Tribunal Superior, nos termos do artigo 1.042, sob o fundamento de que se trata de argumento ainda não analisado pela Corte Superior. E, se o STF ou o STJ já houver analisado os argumentos nos quais se basearam a interposição desse agravo, o relator deverá considerá-lo manifestamente inadmissível, aplicando multa, em sanção por sua interposição. Apresentada tal ideia, Macedo conclui que a modificação legal, além de positivar no Código mudanças para que a redação legal se aproxime de uma visão constitucionalmente adequada (como o direito à participação dos jurisdicionados, ao suscitar novos argumentos a serem analisados pelas Cortes Superiores), ainda cria um incentivo econômico para que não sejam interpostos recursos excepcionais manifestamente descabidos e sem o mínimo de plausibilidade para a superação¹³².

3.1.1. Cabimento de ação rescisória

Outro posicionamento doutrinário é acerca do cabimento de ação rescisória contra a decisão, transitada em julgado, que não prover agravo interno interposto contra decisão de inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário que contrarie precedente consolidado pelo Tribunal Superior. Nessa hipótese, como o Novo Código não prevê cabimento de recurso diretamente ao Tribunal Superior, vem sendo desenvolvido o entendimento de que cabe ação rescisória, a fim de rescindir a decisão transitada em julgado, que pecou em não reconhecer os argumentos suscitados para a superação do precedente. Porém, como adequadamente exposto por Bovendorp, conforme os §§ 5º e 6º do artigo 966¹³³, acrescentados também pela Lei nº 13.256, a previsão de interposição de ação rescisória com base em questão jurídica não examinada é medida que autoriza a superação, mas que está sendo tratada como se propriamente fosse uma distinção. Tal fato, entretanto, é perigoso ao sistema jurídico, porque pode acabar por permitir aos juízes de todas as instâncias promoverem a superação das teses jurídicas (para a qual não são competentes), enquanto disfarçada de distinção¹³⁴, sendo essa distinção feita não do ponto de vista

¹³² MACÊDO, Lucas Buril de. A Análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2017. cap. 12, p. 361 a 363.

¹³³ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V – violar manifestamente norma jurídica; [...]

§5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. §6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

¹³⁴ BOVENDORP, Ana Luiza Caixeta. *A superação do precedente formado nos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos após as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016*. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 52.

fático, mas “com base em uma nova questão jurídica”¹³⁵. Ademais, Bovendorp observa que a ação rescisória também não pode ser considerada medida eficaz para se acessar os Tribunais Superiores, uma vez que, como o acórdão transitado em julgado e que está sendo impugnado foi proferido pelo Tribunal de 2º grau, também a este será destinada a ação rescisória¹³⁶.

3.1.2. Cabimento de julgamento-alerta

Outra técnica que vem sendo aventada a fim de possibilitar a superação de precedentes judiciais é a técnica do julgamento-alerta. Como evidencia Didier, juntamente com a primeira técnica citada (na qual o presidente ou o vice-presidente do Tribunal de 2º grau deve admitir recurso, ainda que contrário a precedente firmado, desde que apresente argumentos novos com o intuito de promoção da superação), pode ser aplicada a técnica de julgamento-alerta, na qual o Tribunal Superior indicará aos inferiores que o precedente se enfraqueceu, “encontrando-se sob suspeita” e havendo chances de ser superado no futuro. Isso, conseqüentemente, autoriza que os Tribunais inferiores deixem de aplicá-lo, permitindo a subida até os Tribunais Superiores dos recursos interpostos, ainda que contra tal tese jurídica e, por conseguinte, permitindo que seja realizada a superação¹³⁷. Porém, como bem salientado por Bovendorp, a utilização dessa técnica pode, ao invés de solucionar a temática, ocasionar efeitos nocivos ao sistema jurídico, entre eles, a insegurança jurídica. Isso ocorre porque, conforme tal técnica, apenas se indica a possibilidade de superação do precedente no futuro, ou seja, o precedente perde sua força vinculante, podendo deixar de ser aplicado pelos Tribunais inferiores, passando estes a julgar de acordo com seus próprios entendimentos e, ainda, estar-se-á na iminência de uma superação incerta, “tanto no sentido da sua ocorrência e modificação do entendimento firmado no precedente como no aspecto temporal, quando essa definição ocorreria”¹³⁸.

¹³⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 189/190 apud BOVENDORP, Ana Luiza Caixeta. *A superação do precedente formado nos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos após as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016*. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2017.

¹³⁶ BOVENDORP, Ana Luiza Caixeta. *A superação do precedente formado nos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos após as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016*, cit., p. 53.

¹³⁷ Palestra ministrada por Fredie Didier, nomeada de *Questões sobre o art. 1.030 do CPC*, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Acesso em: 31.08.2017.

¹³⁸ BOVENDORP, Ana Luiza Caixeta. *A superação do precedente formado nos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos após as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016*. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

3.1.3. Cabimento de agravo do artigo 1.042 contra a decisão do agravo interno

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por sua vez, apresentam posicionamento segundo o qual é cabível, de forma postergada, o agravo em recurso especial ou extraordinário, previsto no artigo 1.042 do CPC, contra a decisão denegatória confirmada em agravo interno, ou seja, os autores afirmam que, sendo negado provimento ao agravo interno (interposto contra a decisão de inadmissibilidade do recurso excepcional), caberá agravo em recurso extraordinário ou agravo em recurso especial, para permitir acesso ao STF ou ao STJ. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero pontuam que a ressalva na parte final do *caput* do artigo 1.042 merece interpretação conforme a Constituição, assim, “como é a própria Constituição que defere ao STF e ao STJ a última palavra a respeito da existência ou não de violação à Constituição e à lei federal, não é possível interpretar o art. 1.042, CPC, no sentido de vedação ao cabimento do agravo”¹³⁹. Consoante esse posicionamento, os autores afirmam, ainda, que a ressalva do *caput* do artigo 1.042, para não evidenciar supressão de competência constitucional, deve ser entendida como hipótese em que o cabimento de tal agravo é simplesmente condicionado à prévia interposição do agravo interno, ou seja, a referida ressalva serviria apenas para postergar o cabimento do agravo em recurso especial ou extraordinário¹⁴⁰. Marinoni, Arenhart e Mitidiero ressaltam, por fim, que “interpretar de modo diverso significa suprimir do STF e do STJ o poder de afirmar os seus próprios precedentes mediante as devidas distinções e, ao fim e ao cabo, não permitir o próprio desenvolvimento do direito mediante adições de paulatinas ampliações e restrições”¹⁴¹.

Observa-se, porém, que esse entendimento não é o ideal para se viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores ao se considerar o contexto de jurisprudência defensiva que vem sendo construído, na égide do CPC de 2015, para impossibilitar o cabimento de recurso contra a decisão do agravo interno. Sendo assim, com base na literalidade da parte final do *caput* do artigo 1.042, a tendência dos Tribunais Superiores, ao se depararem com o agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário (interposto contra o agravo interno) parece ser a sua inadmissão, com a simples afirmação de que o recurso excepcional anteriormente inadmitido trata de matéria já decidida em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos, o que passa ao largo da interpretação conforme a Constituição, defendida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2, p. 417 (versão e-book).

¹⁴⁰ Conforme o posicionamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, se mesmo depois da interposição do agravo do artigo 1.042 não for reconhecida a distinção no processo originário, caberá ação rescisória para evidenciar a necessidade de distinção. Porém, o posicionamento segundo o qual se defende o cabimento de ação rescisória na hipótese já foi oportunamente rechaçado neste trabalho.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Ed. R T, 2017. v. 2, p. 417 (versão e-book).

3.1.4. Cabimento de reclamação

Outro posicionamento é de adoção de uma interpretação mais ampla acerca do cabimento da reclamação, não só para reafirmação da força dos precedentes, mas também para permitir a sua utilização com fins de demonstração da existência de distinção quanto ao caso ou de suscitação de superação da tese, sob o fundamento de que houve aplicação indevida da tese jurídica ou sua não aplicação aos casos que a ela correspondam¹⁴².

Destarte, conforme esse posicionamento, contra a decisão do agravo interno que reafirme a decisão de inadmissibilidade do recurso especial ou do extraordinário, seria cabível a propositura da reclamação constitucional, por ser forma de acessar o Tribunal Superior e, conseqüentemente, promover a superação do entendimento. Ocorre que, em sua origem, a reclamação é instrumento direcionado diretamente ao Tribunal prolator da tese jurídica, a fim de preservar sua competência e, dessa forma, é utilizada para cassação de decisões que deixem de aplicar precedente obrigatório ou os apliquem de forma equivocada, servindo, assim, para reafirmar a força do precedente judicial obrigatório, bem como o respeito a ele.

Na seara doutrinária, juristas como Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha sustentam o cabimento de reclamação contra a decisão que aplicar indevidamente a tese jurídica ao caso concreto, por não observar a possibilidade de superação ou as distinções fáticas no caso concreto. Na perspectiva dos autores, os juízes e os tribunais têm que dialogar com os precedentes, exercendo um dever de autorreferência, para aplicá-los quando for o caso e afastá-los quando houver uma distinção ou uma peculiaridade que imponha tratamento diverso. Nesse sentido, afirmam que a reclamação constitui um instrumento capaz de impor tal dever de autorreferência, sendo, dessa forma, um mecanismo para afastamento da aplicação do precedente em razão da distinção, conforme consta no §4º do artigo 988, do Código. Didier Jr. e Cunha, ainda, dizem que “se o caso posterior for diverso daquele retratado no precedente, estará descerrado o caminho para que o órgão jurisdicional afirme não haver precedente, pois se trata de novo caso, ainda não examinado”. E, nessa hipótese, se o juiz ou tribunal resolver aplicar o precedente onde ele não couber, deverá ser ajuizada reclamação para que o equívoco seja corrigido e a distinção, que não foi feita pela autoridade reclamada, seja devidamente realizada.¹⁴³⁻¹⁴⁴

¹⁴² Cabimento de reclamação conforme artigo 988, §4º, *in verbis*: Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]

§4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. [...].

¹⁴³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 556 e 557.

¹⁴⁴ Cf. OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro* – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

O cabimento da reclamação para promoção da superação é medida apresentada e defendida também em dois julgados: a Rcl 4.374/PE¹⁴⁵ e o AgRg na Rcl 25078/SP¹⁴⁶, ambos do STF. No primeiro deles, defende-se que é por meio da reclamação que as decisões do STF permanecem abertas ao constante processo hermenêutico de reinterpretação, levado a cabo pelo próprio Tribunal. Sendo assim, a reclamação constituiria um *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalidade de normas, que podem levar, muitas vezes, à redefinição do conteúdo e do alcance e, até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão. No segundo julgado citado, prevê-se que a reclamatória exsurge como instrumento de promoção do diálogo no STF entre o caso e os precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de usurpação da competência da Corte Suprema, pois existente no caso concreto ou peculiaridades que impossibilitem a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente ou, em hipóteses excepcionais, à necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fático-históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação.

Ocorre, porém, que o cabimento de reclamação para a superação de tese adotada por Tribunal Superior e firmada em repercussão geral ou em recurso repetitivo não parece encontrar respaldo em nosso ordenamento jurídico. Primeiramente porque, conforme o §4º do artigo 988, o cabimento da reclamação contra a aplicação indevida da tese jurídica e a não aplicação dela aos casos que a ela correspondem se refere apenas às hipóteses dos incisos III e IV, que tratam, respectivamente, da observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de incidente de assunção de competência (IAC). Sendo assim, não se justifica o cabimento da reclamação, com base no referido §4º, quando a tese for firmada sob o regime dos recursos repetitivos ou em sede de repercussão geral. Ademais, a reclamação, conforme previsão legal, é instrumento responsável por garantir e reforçar a autoridade das decisões e não para ensejar a sua não aplicação, ou seja, serve para confirmar o precedente, não para superar o seu entendimento. Como menciona Oliveira Júnior, a expressão “aplicação indevida da tese jurídica”, prevista no §4º do artigo 988, faz referência às situações em que o julgador não interpretou corretamente a tese veiculada no precedente, não abrangendo as hipóteses em que a tese é sequer aplicável, em razão de distinção fática ou possibilidade de superação do entendimento¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, *DJE* 173, de 03.09.2013.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., AgRg na Rcl 25078 /SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016, *DJE* nº 34, de 20.02.2017.

¹⁴⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

Observa-se, portanto, que a reclamação tem por objetivo justamente cassar a decisão que se afaste do entendimento estabelecido no precedente, devendo ser proferida nova decisão que o observe, garantindo-se sua autoridade, ou seja, utilizar a reclamação para o fim de superação do precedente desvirtua a nobre função que lhe foi atribuída constitucionalmente e altera seu objetivo precípuo, o que não deve ser tolerado¹⁴⁸.

3.1.5. Cabimento de interposição de novo recurso especial/extraordinário

Um último mecanismo para revisão e possível superação de precedente, quando negado provimento ao agravo interno interposto contra a decisão de inadmissibilidade de recurso excepcional por contrariar tese firmada em sede de repercussão geral ou de recurso repetitivo, *é a interposição de um novo recurso especial ou extraordinário*. Defende-se esse mecanismo há algum tempo em outras sedes¹⁴⁹.

Câmara aduz que, como a decisão do agravo interno constitui um acórdão, proferido em última instância, pode ele ser impugnado por recurso especial ou extraordinário. Sendo assim, o jurista expõe que a solução seria: interposto recurso excepcional contra acórdão conforme com padrão decisório, sob fundamento de existir motivo para superação, tal recurso deveria ser admitido; não sendo, deverá ser percorrido o caminho mais longo, qual seja, o de se interpor agravo interno, submetendo a questão ao Pleno ou ao Órgão Especial do Tribunal *a quo* e, caso este não proveja o agravo, seja interposto novo recurso especial ou extraordinário, a fim de que a matéria chegue ao STF ou ao STJ. Pontua, adequadamente, ainda, que sua posição se sustenta apenas quando existir, no recurso inicialmente interposto, expressa afirmação de fundamento para superação do precedente, uma vez que os recursos que apenas se limitem a reproduzir argumentos já analisados e rejeitados devem ter mantida sua inadmissão¹⁵⁰.

Diversos juristas concordam com tal posicionamento, porém, divergem entre si acerca do fundamento para interposição do novo recurso excepcional, ou seja, discordam sobre quais normas constitucionais ou infraconstitucionais teriam sido violadas (pela decisão de não provimento do agravo interno, que confirmou a inadmissibilidade do recurso anteriormente interposto, por estar a decisão recorrida em conformidade com padrão decisório) a ponto de dar ensejo à interposição do

¹⁴⁸ BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *Reclamação constitucional para superação de precedentes*. Publicado em 08.12.2016. Disponível em: <http://jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/reclamacao-constitucional-para-superacao-de-precedentes-08122016>. Acesso em: 03.07.2017.

¹⁴⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371-1372 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro* – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

¹⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Publicado em 12.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em: 12.11.2016.

novo recurso extraordinário ou especial, respectivamente. Para Câmara, no caso de o recurso excepcional interposto ter expressamente deduzido argumentos destinados à superação da tese jurídica, ao ser inadmitido por contrariar padrão decisório, há contrariedade aos artigos 947, §3º¹⁵¹, 985, inciso III¹⁵², e 986¹⁵³, todos do CPC de 2015 (aplicados supletivamente aos recursos excepcionais). Portanto, diante da inadmissibilidade do recurso originariamente interposto e tendo sido esgotadas as instâncias ordinárias, o novo recurso especial interposto se embasará nos artigos citados. Já quanto ao novo recurso extraordinário, Câmara defende seu cabimento com base na violação ao artigo 102, *caput*¹⁵⁴, da Constituição Federal, segundo o qual incumbe ao STF o papel de guardião da Constituição, devendo o STF promover a evolução interpretativa dela e evitar o engessamento do direito¹⁵⁵.

Com Bahia e Pedron, defendeu-se, porém, que o cabimento de novo recurso especial deve se embasar na negativa de vigência e contrariedade à disposição do artigo 927, §§ 2º, 3º e 4º, uma vez que tais dispositivos preveem expressamente a superação, enquanto técnica essencial para evitar o engessamento do direito em um sistema de precedentes. Já o novo recurso extraordinário deverá se embasar no artigo 102, inciso III, alínea *a*¹⁵⁶, da Constituição Federal. Por isso, somente dessa maneira, será aplicado o novo sistema normativo sem inviabilizar o acesso às Cortes Superiores para reverem seus entendimentos¹⁵⁷.

Já Oliveira Júnior cita dispositivos diversos dos acima citados, ao afirmar que: “o cabimento deste recurso extraordinário ou especial se justifica em razão da afronta,

¹⁵¹ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. [...]

§3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juizes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. [...]

¹⁵² Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: [...]

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. [...]

¹⁵³ Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

¹⁵⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

¹⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Publicado em 12.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em: 12.11.2016.

¹⁵⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]

¹⁵⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.); NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Freire, Alexandre (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371-1372 *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

respectivamente, aos artigos 5º, XXXV¹⁵⁸; 93, IX¹⁵⁹; e 102, *caput*, da Constituição da República de 1988; e aos artigos 489, §1º, V¹⁶⁰; 927, §§ 1º a 4º; e 1.037, §9º¹⁶¹, do Código de Processo Civil.¹⁶²

Apresentadas as discordâncias doutrinárias acerca dos fundamentos para cabimento do novo recurso especial ou extraordinário, passa-se a outro ponto, sendo este de entendimento comum entre os juristas. O novo recurso excepcional interposto¹⁶³ não pode ser inadmitido pelos mesmos fundamentos do anteriormente interposto, uma vez que não versa sobre matéria que tenha sido apreciada pelo Tribunal Superior. Como afirma Câmara, o novo recurso não se submete ao regime dos recursos repetitivos, por suscitar questão nova, ainda não submetida às Cortes Superiores. Dessa forma, como a questão é nova, deve incidir o artigo 1.030, V, *a*¹⁶⁴, do CPC e, sendo positivo o juízo de admissibilidade, o novo recurso extraordinário será remetido ao STF para verificação da repercussão geral do novo fundamento ou o novo recurso especial será remetido ao STJ para seu exame, sem lhe ser atribuído caráter repetitivo¹⁶⁵.

Observa-se que Didier Jr. aduz crer que o mecanismo de interposição de novo recurso excepcional com o fim de permitir a superação dos precedentes não será bem recepcionado pelas Cortes Superiores brasileiras. Em sua exposição, o

¹⁵⁸ Art. 5º 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: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

¹⁵⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]

¹⁶⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [...]

¹⁶¹ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...]

§9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. [...]

¹⁶² OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro* – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação (Mestrado em) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

¹⁶³ Ainda que se trate de uma obviedade, cabe aqui ressaltar que a temática desse novo recurso especial ou extraordinário deve ser pré-questionada no agravo interno anteriormente interposto.

¹⁶⁴ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: [...]

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; [...]

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Publicado em 12.02.2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em: 12.11.2016.

doutrinador afirma que, ainda na vigência do Código anterior, havia entendimento jurisprudencial pacificado no sentido de que contra a decisão que inadmitisse recurso especial ou extraordinário, sob o fundamento de que o acórdão recorrido estava em conformidade com padrão decisório formado em regime de repercussão geral ou em recursos representativos de controvérsia, seria cabível somente agravo interno. E ainda era pacificado que, contra a decisão do agravo interno, não seria cabível novo recurso especial ou extraordinário para a rediscussão da temática¹⁶⁶. Tal entendimento jurisprudencial foi até mesmo evidenciado na análise de julgados do STF e do STJ realizada no presente ensaio. Ocorre, porém, que, dada a sistematização dos precedentes no Novo Código, o direito processual civil se encontra em um novo contexto, não devendo ser compreendido da mesma forma como era o Diploma Legal anteriormente vigente.

Portanto, verifica-se que, com a aplicação desse mecanismo, qual seja, a interposição de novo recurso extraordinário ou especial contra o acórdão que negou provimento ao agravo interno, será garantido o acesso aos Tribunais Superiores, permitindo-se, assim, que as partes suscitem perante eles os argumentos que entendem cabíveis e suficientes para a superação das teses jurídicas consolidadas. Ou seja, ainda que o Novo Código tenha sofrido nefasta alteração em sua redação original, pela Lei nº 13.256/2016, o que causou empecilhos à superação dos precedentes, o mecanismo de interposição de novo recurso especial ou extraordinário assegura a possibilidade de superação dos precedentes, sendo eficaz em impedir o engessamento do direito jurisprudencial, bem como em compatibilizar as previsões do Código de Processo Civil com um ordenamento em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

O novo recurso especial deveria ser embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no art. 927, §§ 2º a 4º, que prevê expressamente a técnica de superação dos precedentes, matéria essa a ser pré-questionada no agravo interno interposto. E, também de modo a se evitar o engessamento do direito, o novo recurso extraordinário seria embasado na contrariedade ao *caput* do art. 102 da Constituição Federal, no qual se concede ao STF o papel de guardião da Constituição Federal, devendo zelar pela evolução interpretativa do direito e impedir o seu engessamento.

Oportunamente, cabe aqui defender essa imperativa aceitação de cabimento de novo RE ou REsp contra a decisão de não provimento do agravo interno, na seara da percepção do Min. Zavascki em 2011, sendo tal técnica eficaz em garantir o acesso aos Tribunais Superiores e, conseqüentemente, garantir aos jurisdicionados o direito de participação, suscitando argumentos para a superação dos precedentes e, portanto, impedindo-se o seu pernicioso engessamento.

¹⁶⁶ Palestra ministrada por Fredie Didier, nomeada de *Questões sobre o art.1.030 do CPC*, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Acesso em: 31.08.2017.

4. Análise de julgados atuais que demonstram o mecanismo que vem sendo utilizado para contornar a situação de empecilho à superação

Expostos os posicionamentos doutrinários adotados por diversos juristas para se contornar a situação de empecilho à superação dos precedentes, criada pela alteração na redação original do Novo CPC, promovida pela Lei nº 13.256/2016, cabe demonstrar qual mecanismo vem sendo realmente utilizado na prática. Ao se proceder à devida análise de como a jurisprudência vem se comportando em meio à referida discussão, verificamos que, conforme previsão de Didier Jr., o mecanismo de interposição de um novo recurso excepcional com o fim de permitir a superação dos precedentes não tem sido bem recepcionado pelas Cortes Superiores brasileiras.¹⁶⁷ Tendo isso em mente, adentraremos em uma breve análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que, a despeito das críticas já expostas, legitimam a utilização da reclamação como forma de acesso aos tribunais superiores.

Como apresentado, há renomados autores que defendem o cabimento de reclamação contra a decisão que julga o agravo interno, interposto contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário. A reclamação constituiria um instrumento capaz de impor o dever de autorreferência. Assim, o argumento é de que, se um tribunal aplicar o precedente onde ele não cabe, deve ser ajuizada a reclamação, para que o equívoco seja corrigido. Por mais que esse entendimento não seja majoritário e que haja diversos argumentos para rechaçar o uso da reclamação para esse fim, a tendência dos tribunais superiores vem sendo exatamente essa.

Alguns exemplos de julgados nos quais foi lançada mão da reclamação como forma de acesso ao tribunal superior, diante do prévio exaurimento dos graus ordinários, são as reclamações de números 32401¹⁶⁸ e 32533¹⁶⁹, ambas de Pernambuco, e a de número 26928¹⁷⁰ de Sergipe. Observa-se que, nesses três julgados citados, evidencia-se a necessidade de um prévio exaurimento das instâncias ordinárias, o que se refere ao correto percurso de todo o *iter* processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário, para apenas depois disso ser possível o ajuizamento da reclamação.

Inicialmente, a Reclamação nº 32401/PE¹⁷¹ usou a reclamação meramente como um meio de acesso ao tribunal superior, não adentrando especificamente no motivo de tal uso. No caso concreto, a parte reclamante havia interposto recurso

¹⁶⁷ Palestra ministrada por Fredje Didier, nomeada “Questões sobre o art. 1030 do CPC”, no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em: https://www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Acesso em: 31/08/2017.

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 32401/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/10/2018, DJE nº 237 de 07/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5577358>. Acesso em: 17/12/2018.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 32532/PE, Rel. Min. Roberto Barroço, j. 23/11/2018, DJE nº 254 de 28/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5585891>. Acesso em: 17/12/2018.

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 26928/SE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28/05/2018, DJE nº 107 de 29/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5176817>. Acesso em: 17/12/2018.

¹⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 32401/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31/10/2018, DJE nº 237 de 07/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5577358>. Acesso em: 17/12/2018.

extraordinário, porém seu apelo extremo fora julgado prejudicado, com base em decisão anterior do STF sobre a mesma temática. Sendo assim, interpôs agravo interno, com fundamento nos arts. 1.030, §2º, e 1.021 do CPC, oportunidade em que postulou a aplicação do princípio da fungibilidade, caso fosse cabível na hipótese o agravo em recurso extraordinário, previsto no art. 1.042 do CPC. A autoridade reclamada, por sua vez, não conheceu do recurso interposto, alegando que o único meio cabível na hipótese seria a reclamação, tendo havido erro grosseiro na interposição do agravo interno e sendo inaplicável o princípio da fungibilidade, diante da inexistência de dúvida objetiva. Ciente de tal decisão, a reclamada ajuizou a referida reclamação, a fim de cassar a decisão impugnada. O relator, em decisão monocrática, julgou procedente o pedido para cassar a decisão reclamada e determinar a remessa dos autos do agravo em recurso extraordinário ao STF. Isso porque a decisão anterior do STF, utilizada para a inadmissibilidade do recurso extraordinário, não se concebeu sob a égide da cláusula de repercussão geral e, conforme o art. 1.042, *caput*, do CPC, não havendo fundamento na aplicação de entendimento firmado em repercussão geral, é cabível agravo em recurso extraordinário contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir o recurso extraordinário. Observa-se, assim, que, ainda que a decisão não tenha adentrado na temática dos precedentes para o uso da reclamação, foi lançado mão de tal instrumento como uma mera forma de acesso ao tribunal superior. E, tendo sido acolhido o pedido por decisão monocrática do relator, evidencia-se a chancela do tribunal superior para tal utilização da reclamação.

Lado outro, na Rcl. nº 26928/SE¹⁷², essa ação foi usada porque a Corte de origem, ao inadmitir recurso extraordinário interposto, se recusou a aplicar entendimento do STF firmado em regime de repercussão geral, ao realizar *distinguish* de forma incorreta. Na fundamentação da decisão monocrática na reclamação, o relator defende o cabimento de tal instrumento, com base nas regras positivadas no art. 1.030, I e III, e §2º c/c art. 1.021 e art. 988, §5º, II¹⁷³, todos do CPC, quando ocorrer o esgotamento dos graus ordinários em sede de agravo interno contra o juízo *a quo* de inadmissibilidade de recurso da competência do STF. Ou seja, para ele, a reclamação tem grande utilidade sob a perspectiva objetiva de adequação entre o teor do provimento concedido pelo órgão de origem e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte. Em suma, nesse caso, o tribunal de origem aplicou o precedente erroneamente e, por isso, a reclamação, que, diante do prévio exaurimento dos graus ordinários, possibilitou o acesso ao tribunal superior, foi utilizada com o intuito de reforçar o entendimento do STF.

¹⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 26928/SE, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28/05/2018. DJE nº 107 de 29/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5176817>. Acesso em: 17/12/2018.

¹⁷³ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] §5º É inadmissível a reclamação: [...] II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

De modo semelhante, a Rcl. n° 32532/PE¹⁷⁴ serviu para suspender liminarmente os efeitos do acórdão reclamado, uma vez que tal acórdão do tribunal de origem, que inadmitiu o recurso extraordinário interposto, violava tese firmada em regime de repercussão geral, por aplicá-la de forma destoante do entendimento do STF. Isso quer dizer que mais uma vez a reclamação foi utilizada para reforçar a autoridade do precedente. Nas palavras do relator, o CPC de 2015, na linha das suas demais inovações relativas à evolução legislativa do sistema de precedentes, previu a possibilidade de ajuizamento da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, sendo necessário, todavia, o esgotamento das instâncias ordinárias. Aduz, ainda, como já salientado, que esse exaurimento das instâncias ordinárias se refere ao percurso do *iter* processual, ultimado na interposição de agravo interno contra a decisão que nega seguimento ao RE, o que foi observado no presente caso.

Em suma, observa-se que esses últimos julgados não se diferenciam muito do que já era admitido. Isso porque em todos eles, ainda que a reclamação esteja sendo usada como um meio de acesso ao tribunal superior, ela não foi utilizada exatamente com o fim de superação de um precedente, e sim com base no art. 988, I e II, do CPC, dispositivo que prevê o cabimento da reclamação para preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões.

Em termos de superação de precedentes, a decisão que parece ser mais interessante, principalmente quanto à argumentação no uso da reclamação, foi proferida na Rcl. n° 28605/DF¹⁷⁵. Nesse caso, a reclamação foi usada em razão de equívoco na decisão do tribunal de origem quanto à adequação do caso concreto às normas de interpretação extraídas dos precedentes normativos do STF julgados pela sistemática da repercussão geral. Mais especificamente, o TST havia negado seguimento ao recurso extraordinário, aplicando teses de repercussão geral que são inadequadas ao caso dos autos, com usurpação da competência do STF para proferir a última palavra em matéria constitucional dotada de repercussão geral. Afirma-se, ainda, que a decisão impugnada afronta autoridade do STF, uma vez que a Suprema Corte, à época, ainda não havia se manifestado na sistemática da repercussão geral sobre a temática específica abordada no caso. Sendo assim, o TST, ao fundamentar a inadmissibilidade do recurso extraordinário em precedentes de repercussão geral que não guardam relação de identidade com o caso concreto, fez com que sejam conferidos efeitos aos precedentes que desbordam os limites proclamados pelo STF.

Em uma passagem da decisão monocrática, o relator, Ministro Dias Toffoli, afirma que, embora a jurisprudência do STF tenha se firmado no sentido de que

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 32532/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 23/11/2018. DJE n° 254 de 28/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5585891>. Acesso em: 17/12/2018.

¹⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 28605/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/04/2018. DJE n° 73 de 16/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5281378>. Acesso em: 17/12/2018.

o agravo dirigido ao STF e a reclamação não são meios adequados para a parte questionar decisão de tribunal *a quo* mediante a qual se julga prejudicado recurso aplicando a sistemática da repercussão geral, em casos excepcionais, a reclamatória surge como meio para promoção do diálogo na Suprema Corte entre o caso concreto e os precedentes. Aduz, ainda, que a admissibilidade da reclamação se condiciona à demonstração de desrespeito à autoridade da decisão do STF (por estar configurado, na decisão reclamada, erro na aplicação de entendimento vinculante) ou de usurpação da competência do STF, pois existente no caso concreto hipótese de *distinguishing* ou de *overruling*. Isso porque “é lícito que se outorgue, em matéria constitucional, a esta Suprema Corte a última palavra sobre a aplicação de seus precedentes”. Ou seja, no caso de distinção, quando existirem peculiaridades fáticas que impossibilitem a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente e demandem pronunciamento específico do tribunal superior acerca da matéria constitucional no caso concreto, ou no caso de superação, em que é necessária a revisitação dos fundamentos do precedente, em razão de alteração do ordenamento jurídico ou das circunstâncias fático-históricas que impactaram a interpretação da norma, deve se dar a última palavra ao tribunal superior, já que ele é o responsável pelo manejo de seus próprios precedentes. E isso está sendo aqui possibilitado através da reclamação.

Em resumo, as decisões apresentadas indicam que a reclamação vem sendo usada como meio de acesso aos tribunais superiores quando o recurso especial ou o recurso extraordinário são inadmitidos e o agravo interno interposto contra a decisão de inadmissão é improvido. Não havendo recurso contra essa decisão no agravo interno, mas sendo evidente a necessidade de acessar o tribunal superior, principalmente para a superação de precedentes, vem-se lançando mão da reclamação. Com toda a explanação, pode ser percebido, então, que a Rcl. nº 28605/DF¹⁷⁶ trata especificamente da reclamação como meio de acesso ao tribunal superior, até mesmo para a superação de seus precedentes. E, apesar de todas as críticas já apresentadas, se os tribunais superiores não realizarem a abertura de outro meio mais idôneo, a tendência é que, com a difusão do uso da reclamação, ela passe a ser amplamente utilizada inclusive com o fim de superação de precedentes.

Porém, para espanto de toda a seara doutrinária, mais atualmente, até mesmo as reclamações têm seguimento negado, sob argumento de que o único recurso cabível seria mesmo o agravo interno no tribunal *a quo*. Em reclamações julgadas em abril e maio desse ano, como, por exemplo, a de número 34647¹⁷⁷ do Paraná e a de número 34601¹⁷⁸ de São Paulo, foi negado o seguimento a elas, ao ser encampado o entendimento de que o CPC, na linha de consolidada jurisprudência que já vinha sendo adotada pela Suprema

¹⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 28605/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12/04/2018. DJE nº 73 de 16/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5281378>. Acesso em: 17/12/2018.

¹⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 34647/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/05/2019. DJE nº 93 de 06/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5685824>. Acesso em 30/04/2019.

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 34601/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30/04/2019. DJE nº 91 de 02/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5684353>. Acesso em 20/04/2019.

Corte, estabeleceu que o agravo interno constituiria o único instrumento recursal apto a questionar a correção do ato judicial que, ao negar seguimento a recurso extraordinário, limita-se a meramente aplicar entendimento firmado em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos. Sem muitos aprofundamentos teóricos, foi apenas argumentado que se mostraria inviável o emprego do instrumento da reclamação, nesses casos, uma vez que ela não se qualifica como sucedâneo recursal, sendo admissível, na espécie, unicamente o agravo interno.

Na Reclamação de número 34647¹⁷⁹, foi aduzida a utilização inadequada desse instrumento processual contra uma decisão que, emanada de órgão de jurisdição inferior, limitou-se, tão somente, a fazer incidir, no caso concreto, a sistemática da repercussão geral. Havia pretendida discussão em torno de questões referentes à suposta apreciação do caso pelo órgão julgador ou à equivocada adequação da controvérsia jurídica apresentada nos autos à tese firmada em repercussão geral. Ou seja, são situações jurídico-processuais que, se realmente constatadas, legitimam a pretensão da reforma da decisão impugnada. Porém, conforme entendimento adotado no acórdão, tal reforma deve ser aduzida perante órgão judiciário competente, por meio das vias recursais (agravo interno) ou das vias ordinárias (ação rescisória) adequadas.

Afirma-se que, na espécie, não se verifica a ocorrência de qualquer hipótese de transgressão (usurpação de competência) ou de desrespeito à autoridade de decisão emanada pelo STF, situações essas que ensejariam o cabimento da reclamação. E cita, ainda, que a orientação jurisprudencial tem acentuado que a utilização da reclamação para assegurar a observância de acórdão de RE com repercussão geral reconhecida (art. 988, §5º, II) restringe-se apenas à hipótese em que o tribunal recorrido, opondo-se à tese fixada pelo STF em julgamento submetido ao regime de repercussão geral, recusa-se a exercer o juízo de retratação (art. 1.030, V, c, CPC), o que não foi verificado no presente julgado. Sendo assim, afirma inadequado o emprego da ação reclamationária, no caso, para reexame de decisão proferida pelo Tribunal *a quo* que aplica a sistemática da repercussão geral, pois a aplicação de tal instituto inclui-se na esfera de atribuições do Presidente ou Vice do próprio tribunal recorrido (art. 1.030, I e III, CPC). Ou seja, a decisão, embora não comporte o emprego da via reclamationária, admite impugnação, no entanto, por meio de agravo interno (art. 1.030, §2º).

O outro julgado citado, a Reclamação de número 34601, aduz que, conforme orientação consolidada no CPC, o instrumento processual adequado para corrigir supostos equívocos na aplicação do instituto da repercussão geral é o agravo interno perante o próprio tribunal de origem (art. 1.030, §2º, CPC), o que não foi manejado a contento no caso. Ou seja, não seria cabível o emprego de reclamação ou de agravo dirigido diretamente ao Tribunal Superior em casos nos quais se nega seguimento ao apelo extremo, apoiando-se, para tanto, em entendimento do STF firmado em

¹⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 34647/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/05/2019. DJE nº 93 de 06/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5685824>. Acesso em 30/04/2019.

regime de repercussão geral. E afirma, ainda, que tal diretriz não ofende a súmula 727¹⁸⁰ do STF, concebida antes do instituto da repercussão geral.

Nesse mesmo julgado, o entendimento firmado é o de que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que não se vislumbra usurpação de competência em decisão que aplica tese de ausência de repercussão geral de certa matéria. Ou seja, não cabe reclamação contra decisão que nega seguimento a RE cuja questão constitucional debatida no STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral.

Em síntese, contra a decisão do órgão de origem que inadmite recurso extraordinário, com fundamento em entendimento firmado em regime de repercussão geral, não são cabíveis o instrumento da reclamação nem mesmo o agravo previsto no art. 1.042 do CPC. Sendo assim, o relator, Ministro Luiz Fux, salienta que compete ao órgão colegiado, ao qual pertence o juízo prolator do despacho de inadmissibilidade do RE na origem, proceder, em sede de agravo interno, à análise de adequação entre o teor do provimento concedido pelo órgão de origem acerca do tema constitucional destacado no RE e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte.

Apresentados os julgados atuais acerca da temática, podemos perceber a inexistência de uniformidade no mecanismo a ser utilizado para se contornar a situação de empecilho à superação de precedentes. O que resta, nesse momento, é continuar acompanhando as decisões que abordam a temática, para vislumbrar qual o meio concretizar-se-á como mais adequado para solucionar tal problema.

5. Considerações finais

Conforme anteviu o visionário (2011) e saudoso Min. Zavascki¹⁸¹, não se pode permitir um caráter de absoluta imutabilidade ao sistema de aplicação de precedentes. No entanto, como se viu, as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016 serviram para inviabilizar o acesso ao STJ ou ao STF quando a temática objeto do REsp ou RE, respectivamente, já tiver sido analisada por essas Cortes em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral. Ou seja, o intuito foi o de reforçar a força de tais julgados, agora guindados ao status de precedentes, impedindo-se que os Tribunais Superiores sejam “desnecessariamente incomodados” com matérias por eles já “pacificadas”. Porém, a consequência disso é que, ao mesmo tempo em que blinda as Cortes Superiores da rediscussão do que já decidiram, também as blindam de saudáveis e necessários diálogos que poderiam levar à superação dos precedentes por elas consolidados.

Mediante uma análise de inúmeros julgados e entendimentos da literatura jurídica, percebeu-se que uma das principais preocupações dos juristas com a redação atual do CPC/15 é que na medida em que a Lei nº 13.256/2016 limitou a impugnação

¹⁸⁰ Súmula 727, STF. Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente à causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.

¹⁸¹ STJ, QO Ag 1154599/SP.

de decisões de inadmissibilidade do REs e REspS ao agravo interno como seria possível promover a superação de precedente de Tribunal Superior se o acesso ao mesmo foi barrado (art. 1.030) e, não havendo previsão de recurso diretamente à Corte Superior, como seria possibilitada a superação de seus precedentes?

Ao que parece, o CPC/15 não previu expressamente meio de ataque específico contra a decisão do agravo interno, muito menos recurso que permitisse acesso direto ao Tribunal Superior. Nesse sentido, julgados criam um pernicioso empecilho de acesso aos Tribunais Superiores, bem como impedem que tais Cortes superem os precedentes por elas criados.

Ocorre que, em um ordenamento jurídico constitucionalizado não se pode legitimar um sistema de precedentes no qual seja inviabilizada aos interessados, ao menos, a possibilidade técnica de superação de precedentes. Ademais, não se pode permitir que o direito se torne estático e imutável, “na medida em que precisa acompanhar a evolução das relações sociais, os desenvolvimentos socioculturais e as novas ideias que vão surgir na sociedade.”¹⁸² Observa-se que o engessamento do direito leva à mácula de um sistema normativo pensado para aprimorar o direito e aproximá-lo do modelo constitucional de processo. Ou seja, ao passo em que um sistema de precedente deve almejar a formação de decisões do modo mais dialógico possível, o precedente não deve viabilizar um dogma incontroverso que permite aplicação passiva e mecânica.

Há algum tempo, a literatura jurídica possui posicionamento flagrantemente contrário ao jurisprudencial, com o fito de construir meios para viabilizar o acesso às Cortes Superiores, promovendo o reexame dos padrões decisórios. Destarte, apesar dos diversos entendimentos doutrinários quanto ao meio cabível contra a decisão do agravo interno, o que importa salientar é que a doutrina é majoritária com relação à possibilidade de tal acesso. Ou seja, o que não pode ser de modo algum ser aceito é o entendimento segundo o qual não haveria meio de ataque às decisões de agravo interno que visam destrancar recursos extraordinários, mantendo-se a discussão apenas no tribunal de origem e impedindo-se qualquer forma de acesso aos Tribunais Superiores e, conseqüentemente, de superação de seus precedentes. Como visto, ao se impedir o acesso ao tribunal superior, isso irá impedir a própria técnica de superação de seus precedentes. Isso porque a superação é uma técnica que só pode ser efetivada pelo tribunal que criou o precedente ou por quem lhe seja hierarquicamente superior, já que trata da própria “derrubada” de tal precedente.

Há de se promover a aceitação de algum meio idôneo para a superação ou, em última *ratio*, se viabilizar uma alteração legislativa que o crie para o fim de se assegurar a garantia de integridade que a norma fundamental do art. 926 garante.¹⁸³

¹⁸² OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro* - garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte. 2016, p. 142.

¹⁸³ NUNES, Dierle, PEDRON, Flávio, HORTA, André Frederico. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. RePro. nº 263, p. 335-396. Jan. 2017.

Portanto, apesar de todo o confronto doutrinário e jurisprudencial que se instaurou acerca da temática, a certeza é de que esse engessamento do direito, impedindo a sua evolução interpretativa, é uma prática que, em um Estado Democrático de Direito, é totalmente incompatível com as premissas do processualismo constitucional democrático e da democratização processual. E obviamente deve continuar sendo fortemente rebatida, principalmente pelos estudiosos do tema, de modo a evitar que decisões absolutamente restritivas se estabilizem como um odioso capítulo de jurisprudência defensiva.

Provimento de cargos efetivos sem concurso público: reflexões sobre declaração de nulidade, prazo e segurança jurídica

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Modo de provimento dos cargos e empregos públicos. 3. O concurso público no direito brasileiro. 4. Não atendimento à exigência de concurso público: consequências. 5. A fraude praticada pelo candidato no concurso público e o decurso do tempo. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

A funcionalidade atribuída ao Estado e o modo como os indivíduos podem concorrer para a realização dos seus objetivos sempre foram vistos como temáticas de indiscutível relevância no evolver da humanidade. Acresça-se que a interpenetração que mantêm entre si, longe de ser acidental, é simplesmente indispensável. Afinal, como o Estado não possui atributos físicos e mentais que caracterizem uma individualidade biológica, suas funções devem ser desempenhadas, direta ou indiretamente, por pessoas naturais.

A maneira de recrutamento das pessoas naturais que irão desempenhar as funções estatais apresenta feições bem diversificadas, que se distinguem entre si conforme o referencial que se pretende prestigiar, a exemplo da igualdade de acesso, do mérito e da confiança depositada no pretendente pelos demais integrantes do grupamento.

Nossas breves reflexões serão direcionadas à compreensão de algumas vicissitudes decorrentes da exigência de prévia aprovação em concurso público como requisito indispensável ao provimento da maior parte dos cargos efetivos. Além da compreensão da paulatina construção da hegemonia desse requisito, a análise a ser realizada tem o objetivo principal de avaliar os efeitos do provimento de um cargo efetivo sem a prévia aprovação em concurso público, embora a ordem jurídica o exija.

* 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. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei nº 8.429/1992. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Na teoria geral do direito, a inobservância de requisito indispensável à prática do ato tem como consequência a sua invalidade, que pode assumir distintas feições, conforme a intensidade do vício e os efeitos que dele advirão, incluindo a possibilidade de convalidação. Um aspecto particularmente relevante diz respeito à influência do tempo, cujo decurso é indissociável da concepção mais ampla de segurança jurídica. A partir dessa constatação, questiona-se: a inobservância de um requisito constitucional poderia ser sanada pelo mero decurso do tempo? A resposta é influenciada pelo comportamento do agente nomeado ou assume contornos lineares?

Nas linhas que seguem, a resposta a esses questionamentos será apresentada à luz da funcionalidade da sistemática constitucional e do modo como tem alcançado a realidade.

2. Modo de provimento dos cargos e empregos públicos

Considera-se provimento o ato formal do Poder Público por meio do qual se nomeia pessoa natural, que preencha os requisitos legais, para ocupar cargo, emprego ou função. Da nomeação decorre o direito à posse¹, aperfeiçoando a investidura.

O modo de provimento dos cargos públicos em sentido lato tem apresentado intensas variações de ordem espacial e temporal. Historicamente, têm sido utilizados quatro critérios, de modo isolado ou em combinação, que são: o sorteio, a eleição, o concurso e a nomeação direta. Especificamente em relação à manifestação de vontade, observa Otto Mayer² que, em suas origens, o vínculo era visto como um contrato ordinário no sentido do direito civil, do qual se emancipou o direito do trabalho. Com a separação entre o direito civil e o direito público, a ideia de um regime de polícia, segundo o qual o Estado deve ter ao seu dispor todos os meios para alcançar os fins a que se destina, indicaria um ato unilateral de autoridade e, caso o nomeado consentisse, não haveria senão o reconhecimento de um dever preexistente, perspectiva esta que se mostra incompatível com o Estado Constitucional, prosélito da liberdade e do consentimento, o que não afasta a existência de certos deveres de agir, como o de defesa da pátria³.

Muito popular na Grécia antiga⁴, o sorteio busca prestigiar ao máximo a igualdade entre os cidadãos em seus direitos e deveres. Especificamente sob a ótica dos deveres, em diversos períodos da história, exercer uma função pública era visto como um *munus* cívico, sequer dando azo ao recebimento de remuneração. O alicerce filosófico dessa prática tangenciava a necessidade de evitar que certos indivíduos se destacassem em demasia, o que era considerado o germe da tirania. Também deve

¹ Súmula nº 16 do STF. No direito italiano, o antigo ato de nomeação foi substituído pelo contrato individual de trabalho, cuja subscrição enseja a assunção do cargo. Cf. BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. p. 237.

² *Le Droit Administratif Allemand*. Tome 4eme. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906. p. 44.

³ Constituição italiana de 1947, art. 52: "*la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*".

⁴ Cf. Aristóteles. *Constituição dos Atenenses*. Trad. de LEÃO, Delfim Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 96, 98, 101, 103, 104, 108, 109 e 117.

ser lembrado o viés religioso, pois o sorteio seria uma forma de privilegiar a vontade divina, não a vontade dos homens⁵.

Apesar dos fundamentos invocados para justificá-lo, as críticas ao sorteio eram uma constante. Afinal, a plena submissão à igualdade e ao acaso termina por nivelar ineptos e competentes, desidiosos e laboriosos. Não é por outra razão que mesmo as Cidades-Estado que o empregaram, como Atenas, não escolhiam mediante sorteio os responsáveis pelas áreas mais relevantes da *pólis*, como finanças e guerra.

O segundo critério a ser considerado é a eleição, cujo principal objetivo é prestigiar a igualdade. Ressalvadas as exceções verificadas no curso da história (v.g.: sob as leis de Dracon, somente poderiam participar da eleição dos arcontes, que formavam a magistratura mais elevada, os que tivessem capacidade de se equipar com “hoplitas”, a infantaria pesada da época⁶), a tendência é a de permitir que a maior parte dos cidadãos se candidate a um cargo público. A possível existência de requisitos a serem atendidos pelos candidatos, desde que comedida e conectada a um fim de interesse público, não é algo negativo. A eleição, ao assegurar o acesso aos cargos públicos e a possibilidade de escolha, privilegia os interesses do detentor último do poder, o povo.

Um aspecto negativo, sempre lembrado, é o de que a eleição confere preeminência à popularidade do candidato, mas pouco diz em relação ao seu mérito, daí o porquê de esse critério ser aplicado àqueles que tomam as decisões fundamentais de um Estado, não a todas as funções indistintamente. Falamos, aqui, das eleições democráticas, não daquelas desenvolvidas no seio de pequenas aristocracias, como são os órgãos colegiados (v.g.: Tribunais e Casas Legislativas ao elegerem os seus presidentes). Apesar da crítica, o livre-arbítrio de um povo não pode ser desconsiderado, daí a percepção de James Russel Lowel, no sentido de que “a democracia dá a cada povo o direito de ser o seu próprio opressor”.

O terceiro critério, o do concurso, privilegia a igualdade ao permitir que qualquer indivíduo que preencha os requisitos previstos no edital venha a se inscrever no certame e também homenageia o mérito, já que os aprovados terão demonstrado uma aptidão superior aos reprovados, ao menos no que diz respeito à matéria na qual foram avaliados. Além disso, denota a impessoalidade no agir por parte da Administração Pública, que direciona a sua atuação à realização do interesse público, não à satisfação de interesses menores. É o critério geral de recrutamento dos agentes públicos em diversos sistemas⁷.

Por fim, a nomeação direta, ao menos no plano conceitual, é o mais frágil dos critérios utilizados. Passa ao largo da igualdade, já que somente os preferidos pelo responsável pela escolha serão beneficiados, e do mérito, que é tão somente

⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 573 e 646.

⁶ Cf. Aristóteles. *Constituição...* p. 25.

⁷ No direito francês, o concurso foi alçado ao patamar de regra geral a partir da Lei de 18 de outubro de 1946 (arts. 27 e 28). Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 164. O autor realça que muitos situam a origem do concurso na China do século XIV, quando era utilizado para o recrutamento de mandarins.

presumido, pois o escolhido não é instado a comprovar suas aptidões. Além disso, sequer privilegia o ideal democrático, pois a escolha não é realizada diretamente pelo povo. Confia-se, única e exclusivamente, no juízo valorativo do responsável pela nomeação, o qual, não raras vezes, sequer possui legitimidade democrática (v.g.: o Presidente de um Tribunal).

A Constituição brasileira de 1988 contemplava, originariamente, a eleição, o concurso e a nomeação direta. Ainda merece menção a figura do *aproveitamento*, que se distingue da nomeação direta na medida em que os potenciais ocupantes do cargo público foram previamente indicados pela Constituição: é o caso dos ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315/1967. Esses agentes, de acordo com o art. 53, I, do ADCT, seriam aproveitados “no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 51/2006, que introduziu um §4º no art. 198 da Constituição, foi admitida a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de *processo seletivo público, minus* em relação ao concurso público e *plus* em relação à contratação direta. Enquanto no concurso público, por imperativo constitucional, a avaliação deve necessariamente conter *provas*, no processo seletivo público. Apesar de serem igualmente prestigiados os princípios da impessoalidade e da moralidade, não há qualquer determinação constitucional em relação a esse formato, o que permite, por exemplo, que a avaliação seja realizada a partir de entrevista e análise curricular. Ainda deve ser ressaltado que, a depender do formato que seja atribuído ao processo seletivo público, ele terminará por se identificar com o concurso público. Aliás, foi justamente o que ocorreu em relação aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias, tendo a Lei nº 11.350/2006, em seu art. 9º, disposto que a contratação seria antecedida de “processo seletivo público de provas ou de provas e títulos”.

No plano infraconstitucional, merece referência o sistema de escolha dos jurados, juízes leigos que integram o Tribunal do Júri (CR/1988, art. 5º, XXXVIII), tradicionalmente baseado no sorteio (CPP, art. 457).

Os cargos públicos, de um modo geral, podem ser de (1) provimento efetivo ou de (2) provimento temporário.

O acesso aos cargos de provimento efetivo pode ocorrer por (1.1) nomeação direta, o que se verifica em relação aos Ministros dos Tribunais Superiores (CR/1988, arts. 101, parágrafo único; 104, parágrafo único; 111-A; 119, II; e 123) e aos juízes dos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho (CR/1988, arts. 107, *caput*; e 115, *caput*), podendo ser observados certos balizamentos, como ocorre em relação às listas formadas pelas classes dos advogados e dos membros do Ministério Público, não devendo ser olvidado o Tribunal de Contas da União (CR/1988, art. 73); (1.2) aproveitamento, para os ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (ADCT, art. 53, I); (1.3) processo seletivo público, em relação aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate às endemias (CR/1988, art. 198, § 4º); e (1.4) concurso público, que consubstancia a regra geral (CR/1988, art. 37, II).

O acesso aos cargos de provimento temporário pode ocorrer por (2.1) eleição, em relação aos detentores de mandato eletivo, como é o caso do Chefe do Poder Executivo (CR/1988, arts. 28, *caput*; 29, I; 32, §2º; e 82) e dos membros do Poder Legislativo (CR/1988, arts. 27, §1º; 29, I; 32, §2º; 44, parágrafo único; e 46, §1º); e (2.2) nomeação direta, o que ocorre em relação aos ocupantes de cargos em comissão (CR/1988, art. 37, V) ou aos cargos isolados de estatura constitucional, como os de membro do Conselho Nacional de Justiça (CR/1988, art. 103-B), do Conselho Nacional do Ministério Público (CR/1988, art. 130-A) e dos tribunais eleitorais (CR/1988, art. 121, §2º), ainda que devam ser observadas indicações emanadas de órgãos específicos.

Os cargos de provimento efetivo, a que se tem acesso mediante prévia aprovação em concurso público, são organizados em carreira, o que permite a progressão funcional do agente, ou isolados, inexistindo classes superiores a serem alcançadas. Nesse caso, é possível a aquisição de estabilidade (ou vitaliciedade, a depender do cargo). Em relação aos cargos de provimento temporário, em alguns deles, como é o caso dos cargos em comissão, o ocupante é demissível *ad libitum* do responsável pela nomeação.

Por fim, observa-se que os empregos públicos são característicos da Administração Pública indireta, apresentando regime jurídico em muito semelhante àquele adotado na iniciativa privada. Ressalvadas as exceções constitucionais, tanto os cargos de provimento efetivo como os empregos públicos somente podem ser ocupados por aqueles que tenham sido previamente aprovados “em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei” (CR/1988, art. 37, II). Não nos parece adequado interpretar o art. 173, §1º, II, da Constituição de 1988 de modo a permitir que a lei dispense, da regra do concurso público, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Afinal, ainda que a lei possa estabelecer um “regime jurídico próprio quanto às obrigações trabalhistas”, isso não significa dizer que o antecedente lógico ao surgimento dessas obrigações, consubstanciado na prévia aprovação no concurso público e posterior posse do agente, possa ser dispensado. O acesso ao cargo antecede o surgimento da obrigação. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Administração Pública indireta está sujeita à regra do concurso público, somente sendo alcançada pelas exceções constitucionais⁸. Por outro lado, reconheceu a validade de vínculo trabalhista com sociedade de economia mista, sem prévia aprovação em concurso público, sob a égide da Carta de 1969⁹. Ressaltou, ainda, que deverá ser preservada a contratação, por empresa pública, mediante processo seletivo e sem concurso público, por ser matéria controversa à época, pois o princípio da segurança jurídica exigia a preservação dos seus efeitos, já que decorridos dez anos da concessão de liminar em mandado de segurança¹⁰.

⁸ STF, Pleno, MS nº 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 03/12/1992, DJ de 23/04/1993.

⁹ STF, 1ª Turma, AI-AgR nº 262.063/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/02/2005, DJ de 11/03/2005.

¹⁰ STF, Pleno, MS nº 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27/05/2004, DJ de 05/11/2004.

Ainda merece referência a contratação por prazo determinado, que prescinde da prévia realização de concurso público, sendo normalmente antecedida por processo seletivo público (CR/1988, art. 37, IX). Nesse caso, não há propriamente o provimento de um cargo, mas, sim, a só designação para o exercício de uma função administrativa.

Também é possível falar em provimento originário, quando vincula o servidor ao cargo, emprego ou função, como se verifica com a nomeação e a contratação, ou derivado, que pressupõe o vínculo anterior do servidor com a Administração (v.g.: promoção na carreira e nomeação para função de confiança, somente ao alcance dos ocupantes de cargos de provimento efetivo – CR/1988, art. 37, V). Não subsistem, em razão da exigência constitucional do concurso público, as formas de provimento derivado que permitiam o acesso originário a cargo público não integrante da mesma carreira (v.g.: readmissão, transposição, ascensão e reversão, salvo a *ex officio*).

3. O concurso público no direito brasileiro

A realização de processo seletivo para o ingresso nos quadros da Administração Pública, de modo a prestigiar os referenciais de moralidade e impessoalidade, é prática que, conquanto antiga no direito brasileiro, sofreu contínuos aperfeiçoamentos. As modificações verificadas no decorrer da história estão centradas em dois planos. O primeiro diz respeito à ampliação do processo seletivo, de modo a garantir a igualdade entre todos e a admissão dos mais qualificados. O segundo, por sua vez, está relacionado à restrição dos cargos que não dependem da prévia realização de processo seletivo para o seu preenchimento. No âmbito constitucional, a determinação de que fosse realizado um “concurso de provas” foi inicialmente prevista no art. 169, *caput*, da Constituição de 1934. Em face da ausência de qualquer exigência de que esse concurso fosse “público”, sedimentou-se a prática, no âmbito da Administração Pública brasileira, de serem realizados “concursos internos”, coexistindo, ou não, com os “concursos públicos”, sendo de acesso restrito àqueles já integrados aos quadros públicos, estáveis ou não. Essa sistemática foi preservada nas duas Constituições posteriores (vide as de 1937, art. 156, *b e c*; e de 1946, art. 186), sendo modificada pela Constituição de 1967 (art. 95, §1º), que exigia, para a *nomeação para cargo público*, “a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A moralização, no entanto, teve vida curta, já que a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 97, §1º) passou a exigir a prévia aprovação em concurso público, apenas, para “a primeira investidura em cargo público”. Essa norma revigorou os *concursos internos*, tendo afastado, apenas, a participação dos servidores não aprovados previamente em um concurso público, como os ocupantes de cargos em comissão.

Por fim, a Constituição de 1988 restabeleceu, em seu art. 37, II, a exigência de prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a investidura em qualquer cargo ou emprego público, o que tornou injurídicas as figuras da transposição entre cargos e da ascensão funcional. Não, obviamente, sem que alguns obstáculos tivessem que ser superados. A ascensão funcional como forma de acesso aos cargos públicos foi praticada de 1987 a 1992, período no qual o

entendimento a respeito do tema não era pacífico. Apenas em 17 de fevereiro de 1993, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia dos arts. 8º, III; 10, parágrafo único; 13, §4º; 17 e 33, IV, da Lei nº 8.112/1990, que veiculou o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, dispositivos declarados inconstitucionais em 27 de agosto de 1998¹¹.

Tratando-se de práticas já arraigadas no pensamento coletivo, era natural que houvesse grande resistência à sua extinção. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, mesmo com o passar dos anos, foi instado a se pronunciar, em diversas ocasiões, sobre a tentativa de reintrodução desses institutos espúrios nos diversos quadrantes da Federação. Em todas elas, não tergiversou com a patente inconstitucionalidade. Assim ocorreu em relação (a) ao art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determinou a incorporação, sem concurso público, em situações específicas, de policiais civis à carreira de Delegado de Polícia¹²; e (b) ao §1º do então art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual a carreira de Delegado de Polícia fazia parte da carreira única da polícia civil e determinava que a metade das vagas deveria ser reservada ao acesso por ascensão funcional¹³. Afinal, no entender do Tribunal:

[o] ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37, II, da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso.¹⁴

A investidura em cargo de provimento efetivo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (CRFB/1988, art. 37, II). A lei deve reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definir os critérios de admissão (CRFB/1988, art. 37, VIII). A Lei nº 8.112/1990, por exemplo, reservou 20% das vagas para os cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência da pessoa (art. 5º, §2º), além de ser previsto horário especial por necessidade médica (art. 98, §2º).

¹¹ STF, Pleno, ADI-MC nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/02/1993, DJ de 23/04/1993; Pleno, ADI nº 837/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 27/08/1998, DJ de 25/06/1999.e STF, 2ª Turma, RE nº 442.683/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 13/12/2005, DJ de 24/03/2006. No mesmo sentido: STF, Pleno, MS nº 22.148/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/1998, DJ de 08/03/1996.

¹² STF, Pleno, ADI nº 2.939/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/02/2004, DJ de 26/03/2004.

¹³ STF, Pleno, ADI nº 245/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/08/1992, DJ de 13/11/1992.

¹⁴ STF, Pleno, ADI nº 362/AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 21/11/1996, DJ de 04/04/1997.

A investidura em cargo em comissão, destinado às funções de direção, chefia e assessoramento, em que prevalece a fidedignidade entre a autoridade responsável pela nomeação e o nomeado, e para a qual não se exige aprovação em concurso público, deve ter percentual reservado aos servidores de carreira, vale dizer, aos ocupantes de cargos de provimento efetivo, nos casos, condições e percentuais previstos em lei (CRFB/1988, art. 37, V). As funções de confiança, por sua vez, que devem ter a mesma destinação, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, passaram a ser exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo. Universalizou-se o acesso ao processo seletivo e restringiu-se a criação de cargos que podem dispensá-lo.

4. Não atendimento à exigência do concurso público: consequências

Sensível à importância do concurso público na instrumentalização dos princípios da impessoalidade e da eficiência administrativa, a Constituição de 1988 exigiu, como regra geral, a prévia aprovação em processo seletivo dessa natureza como requisito necessário à investidura em cargo ou emprego público. Os seus contornos essenciais são estabelecidos em lei e detalhados no respectivo edital, não se exigindo o preenchimento desse requisito na nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Uma vez homologado o resultado do concurso público pela autoridade competente, principia o seu prazo de validade, que pode ser fixado em até dois anos, observando-se que prazos exíguos, de um ou dois meses, embora compatíveis com a literalidade da Constituição, dificilmente se ajustarão aos referenciais de razoabilidade e economicidade, considerando os custos envolvidos na realização de certames dessa natureza. O prazo de validade inicialmente fixado no edital ainda pode ser prorrogado uma única vez por igual período: prazo inicial de um ano, por exemplo, somente pode ser ampliado para dois anos; e o de dois, para quatro. É o que dispõem os incisos II e III do art. 37.

Os comandos dos incisos II e III do art. 37 estão umbilicalmente imbricados. O requisito do concurso público deve ser cumprido sempre de modo válido. Apesar de o inciso III somente fazer menção à validade sob o prisma temporal, é evidente que tal há de ser igualmente aferido sob as óticas formal e material, considerando-se, sempre, a possibilidade de convalidação de possíveis vícios detectados no curso do certame, desde que sua presença não tenha comprometido os fins almejados com a sua realização. Reconhecida a invalidade do concurso público, tal desfigura a essência do processo seletivo realizado e indica a inobservância do requisito constitucional.

Os estudos desenvolvidos no âmbito da teoria da norma evidenciam a necessidade de o comando hipotético ou categórico estatuído pelo Estado ser acompanhado de uma consequência jurídica desfavorável para quem o descumpra. Essa é a *ratio essendi* do art. 37, §2º, da Constituição de 1988, segundo o qual a inobservância do disposto nos incisos II e III do art. 37 acarretará duas consequências distintas, uma direcionada ao ato de nomeação, outra, ao responsável pela referida inobservância.

O ato de nomeação, nos termos do §2º do art. 37, será considerado nulo, o que pressupõe a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa em relação ao respectivo beneficiário, que não pode ser exonerado *ad libitum* da autoridade nomeante, sem que lhe seja oferecida a possibilidade de defender a validade do ato.

A referência constitucional à nulidade do ato de nomeação aponta para a impossibilidade de ser convalidado, o que significa dizer que a ausência de regular aprovação em concurso público válido é insuscetível de convalidação, inclusive pelo decurso do tempo. Essa situação, é importante frisar, é substancialmente distinta da possibilidade de convalidação de eventuais vícios detectados no decorrer do concurso público, o que permitirá o reconhecimento de sua higidez jurídica.

A nulidade decorre de imposição constitucional, não carecendo de cominação pela legislação infraconstitucional. A referência aos *termos da lei*, constante do §2º do art. 37, é direcionada à necessidade de a lei estabelecer a tipologia e cominar as respectivas sanções para os autores do ato de nomeação não antecedido de prévia aprovação em concurso público válido. É o que dispõe, por exemplo, o art. 11, V, da Lei nº 8.429/1992, que considera ato de improbidade administrativa, violador dos princípios regentes da atividade estatal, a conduta de “frustrar a licitude de concurso público”.

A estatuição e a consequência para a sua inobservância decorrem da sistemática constitucional, não podendo ser aceitos subterfúgios cujo fim último seja contorná-los. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que (a) o cargo em comissão de oficial de justiça viola a exigência de prévia aprovação em concurso público¹⁵; (b) o cargo de provimento efetivo de controlador do TCE está sujeito à exigência incontornável do concurso público¹⁶; (c) é inconstitucional disposição de Constituição Estadual que integra ao serviço público professores pertencentes a instituições particulares de ensino¹⁷; (d) é inconstitucional a integração de servidor público cedido¹⁸; (e) afronta a regra do concurso público a extensão, aos detentores de mandato eletivo que tiveram os direitos políticos suspensos por atos institucionais, dos benefícios que a Constituição da República assegura aos ex-combatentes¹⁹; (f) a reinclusão de militar licenciado do serviço ativo viola a exigência de concurso público²⁰; (g) a nomeação para cargo diverso afronta a regra do concurso público²¹; (h) o cargo de Delegado de Polícia não pode ser provido em comissão²²; (i) a exigência do concurso público (art. 37, II), mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, não pode ser afastada pela lei²³; (j) a estabilidade dos servidores admitidos, sem concurso público, em período anterior à promulgação da Constituição, foi assegurada pelo art. 19 do ADCT, já a

¹⁵ STF, Pleno, ADI nº 1.141/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 29/08/2002, DJ de 29/08/2003.

¹⁶ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.208/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13/12/2001, DJ de 08/03/2002.

¹⁷ STF, Pleno, ADI nº 249/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 18/04/1996, DJ de 17/12/1999.

¹⁸ STF, Pleno, ADI-MC nº 1.251/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/06/1995, DJ de 22/09/1995.

¹⁹ STF, Pleno, ADI nº 229/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/04/2003, DJ de 13/06/2003.

²⁰ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.620/AL, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 22/05/2002, DJ de 13/06/2003.

²¹ STF, 1ª Turma, RE nº 224.283/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11/09/2001, DJ de 11/10/2001.

²² STF, Pleno, ADI-MC nº 1.854/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 25/05/1994, DJ de 23/10/1998.

²³ STF, Pleno, ADI nº 1.854/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14/06/2000, DJ de 04/05/2001.

efetividade pressupõe a aprovação em concurso público²⁴; (k) a exceção à regra do art. 37, II, contemplada no art. 19 do ADCT, não pode ser ampliada pela Constituição Estadual²⁵; (l) o concurso público *a posteriori* (acesso ou aproveitamento condicionado à posterior aprovação) é incompatível com o sistema constitucional²⁶; (m) o cargo de Defensor Público deve ser provido por concurso público, sendo inadmissível qualquer exceção à regra constitucional (v.g.: com a transposição dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e Analista de Justiça)²⁷; e (n) a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência não afasta a exigência do concurso público²⁸.

5. A fraude praticada pelo candidato no concurso público e o decurso do tempo

É factível a possibilidade de o não cumprimento do requisito a que se refere o inciso II do art. 37 ser aferido em relação a cada candidato. Em outras palavras, o concurso público, não obstante válido, preenchendo os requisitos formais, materiais e temporais exigidos, pode não ter sido regularmente superado por algum candidato em particular, que se utilizou de meios ilícitos para a aprovação.

Na hipótese analisada, o concurso foi efetivamente realizado e superado, mas foram detectados vícios que comprometeram a sua higidez em relação a algum candidato em particular. A questão que se põe é saber se o reconhecimento desses vícios está sujeito a limitador temporal ou se a nulidade a que se refere o art. 37, §2º, para a nomeação desacompanhada da prévia aprovação em concurso público, se estende à hipótese em tela. De modo mais objetivo: concurso fraudado equivale à ausência de concurso? A nosso ver, a resposta deve ser positiva.

A fraude evidencia a adoção de manobras escusas, por parte dos envolvidos, para a superação do processo seletivo. Em seus elementos estruturais, indica-se a presença de um elemento subjetivo prosélito da ilicitude, o que é substancialmente distinto da identificação de vícios, imputáveis à própria Administração Pública ou a terceiros, que comprometam a funcionalidade do certame. A participação, ou não, do servidor, no surgimento do vício, terá influência direta nos efeitos que daí advirão em sua esfera jurídica.

A nulidade da nomeação e, conseqüentemente, da investidura, enquanto consequência indissociável da ausência de prévia aprovação em concurso público, é fruto do ilícito, do qual não se exime o nomeado. Afinal, a ninguém socorre a escusa de desconhecer a exigência constitucional (LINDB, art. 3º). Por outro lado, a nulidade decorrente da frustração do propósito do concurso público há de ser compreendida conforme a intensidade do vício. Vícios que retirem, em sua integralidade, as funcionalidades do certame, a exemplo do vazamento público, em grandes proporções, do teor das provas a serem aplicadas, equivalem à ausência do próprio certame. Concurso,

²⁴ STF, 2ª Turma, RE nº 181.883/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25/11/1997, DJ de 01/03/1996.

²⁵ STF, Pleno, ADI nº 498/AM, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/04/1996, DJ de 09/08/1996.

²⁶ STF, Pleno, ADI-MC nº 1.203/PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/02/1995, DJ de 19/02/1995.

²⁷ STF, Pleno, ADI nº 3.819/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. em 24/10/2007, DJ de 28/03/2008.

²⁸ STF, Pleno, MI-AgR nº 153/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 14/03/1990, DJ de 30/03/1990.

em verdade, não houve. Por outro lado, não sendo esse o caso, existindo dúvidas sobre o alcance do vício, que não chegou ao extremo de macular a integralidade do certame, não se deve permitir que a Administração Pública possa declarar, *ad eternum*, a sua presença, o que denota a existência de um ato anulável, não propriamente nulo.

A ordem jurídica somente se mostra apta a cumprir os seus objetivos caso se projete na realidade com equilíbrio e sensatez. A nulidade de contornos puramente *desconstitutos*, decorrente da ausência do ato em si ou da presença de vício que equivalha à sua ausência, a exemplo do vazamento em grandes proporções, pode ser declarada a qualquer tempo, de modo a preservar a deferência que foi atribuída ao ato pela ordem constitucional²⁹. Fora dessa hipótese, ao caráter *desconstitutivo* da nulidade deve ser agregado um implícito objetivo de natureza *punitiva*. Será imperativo demonstrar que, além da presença de um vício qualquer, o nomeado efetivamente tenha se utilizado de expedientes fraudulentos para obter êxito no certame. O vício, nesse caso, é imputado ao obrar do próprio nomeado, não se exaurindo em um comportamento unilateral da Administração. Ao reconhecermos a existência de uma nulidade *desconstitutiva* e de outra *desconstitutivo-punitiva*, compreendemos com facilidade o porquê de certas situações ilícitas serem saneadas pelo decurso do tempo, enquanto outras se mantêm perenemente gangrenadas pelo vício.

A Lei nº 9.784/1999, que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, tratou da anulação, da revogação e da convalidação em seus artigos 53 a 55. A anulação, nos termos do art. 53, decorre de vício de legalidade, enquanto a revogação deve estar embasada em razões de conveniência e oportunidade, distinção há muito consagrada na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. A Administração, de acordo com o art. 54, decai em cinco anos do direito de anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários, *salvo comprovada má-fé*.³⁰ Como se percebe, a incidência, ou não, do limitador temporal de cinco anos está associada à comprovação, ou não, da má-fé. A possibilidade de convalidação pelo decurso do tempo indica estarmos perante um ato anulável; quando essa convalidação não se mostra possível, a hipótese é de nulidade.

Devemos distinguir, portanto, a *nulidade desconstitutiva* da *nulidade desconstitutivo-punitiva*: na primeira, não é perquirido o elemento subjetivo do agir dos beneficiários do ato, não sendo incomum que até mesmo desconheçam a existência dos vícios verificados no concurso público, atribuídos exclusivamente à Administração ou a terceiros, o mesmo entendimento devendo ser aplicado caso o concurso sequer tenha sido realizado³¹; na segunda, é imprescindível que tal

²⁹ O STF já decidiu que a anulação de concurso público em momento anterior à posse exige a observância do contraditório e da ampla defesa: 2ª Turma, RE nº 351.489/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/02/2006, DJ de 17/03/2006.

³⁰ Vide Súmula nº 633 do STJ: "A Lei nº 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria".

³¹ Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal decidiu que "o exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 por se tratar de ato manifestamente inconstitucional" (Pleno, MS nº 28.273 Agr/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/12/2012, DJ de 21/02/2013).

demonstração seja realizada, indicativo de que a nulidade consubstancia um efeito desfavorável da conduta do agente.

A “comprovada má-fé” a que se refere a Lei do Processo Administrativo Federal ainda deve ser objeto de considerações complementares.

Embora esteja associada ao elemento subjetivo do agir, a má-fé não é absorvida pelo dolo: enquanto este último reflete a voluntariedade da ação, associada a um fim naturalístico qualquer, a má-fé é indicativa de que esta ação foi direcionada a um fim flagrantemente dissonante da ordem jurídica, almejando contornar ou afrontar os objetivos amparados pelo padrão normativo. Dolo e má-fé podem integrar-se na composição do agir ilícito. A distinção entre essas figuras torna-se bem nítida ao observarmos ser plenamente possível um atuar doloso e de boa-fé, a exemplo do Prefeito Municipal que conscientemente descumpre os requisitos formais da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) para realizar, de modo mais célere, um objetivo de interesse coletivo. O mesmo Prefeito atuaria de má-fé caso a inobservância da Lei nº 8.666/1993 tivesse por objetivo beneficiar um amigo ou familiar³².

A exigência de que a má-fé seja comprovada evidencia a necessidade de ser demonstrada, no curso do processo administrativo, com elementos probatórios idôneos. Hartmut Maurer³³, ao discorrer sobre a nulidade (*Nichtigkeit*) dos atos administrativos (*Verwaltungsakten*) na sistemática do §44, I, da Lei do Procedimento Administrativo alemão (*VwVfG*), afirma que o vício não convalidável é aquele particularmente grave e que todos são capazes de identificar. Nessa perspectiva, observa que a lei encampou a denominada “teoria da evidência” (*Evidenztheorie*), enunciado linguístico que não é digno de encômios em razão da exigência da gravidade do vício. Com isso, o princípio da segurança jurídica (*Prinzip der Rechtssicherheit*), que justificaria, após o decurso do prazo legal, a preservação da eficácia do ato administrativo viciado, deve ceder ao princípio da justiça material (*Prinzip der materiellen Gerechtigkeit*).

Caso desejemos transpor a lição de Maurer para a realidade brasileira, observaremos que a teoria da evidência é encampada com a exigência de comprovada má-fé, sendo a segurança jurídica preterida pelo princípio de justiça segundo o qual ninguém deve beneficiar-se com sua própria torpeza. Este, aliás, foi um dos fundamentos jurisprudenciais invocados por Dworkin³⁴ para estruturar a sua célebre teoria dos princípios e combater a hegemonia do positivismo de Hart, lastreado na regra de reconhecimento.

³² Para maior desenvolvimento do tema, vide: GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 1ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 176 e ss.

³³ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009. p. 264-265.

³⁴ No Caso *Riggs vs. Palmer* (115 N.Y. 506, 1889), foi comprovado que o herdeiro testamentário tinha envenenado o seu avô com o objetivo de evitar qualquer alteração no testamento, tendo o Supremo Tribunal de Nova Iorque conferido primazia ao princípio de que ninguém pode beneficiar-se com a sua própria torpeza e afastado a aplicação das regras regentes da sucessão testamentária, que asseguravam a transmissão da herança e não continham nenhuma exceção explícita que pudesse ser invocada nesse caso. Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 11ª imp. Massachusetts: Harvard University Press, 2000. p. 15-20; e GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-94.

No direito inglês, observa Paul Craig³⁵ que, apesar dos limites temporais para a impugnação dos atos administrativos, é possível que a invalidade (*void*) do ato possa ser identificada *ab initio*, assumindo contornos absolutos e impedindo a convalidação pelo decurso do tempo. É o que ocorreria, em nossa sistemática, com a prática de um ato administrativo não antecedido de outro exigido pela ordem constitucional. Tratar-se-ia de uma *completa nulidade* (*complete nullity*).

No direito espanhol, García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁶ ressaltam que a nulidade absoluta não pode ser sanada por confirmação, podendo ser apreciada *ex officio*, a qualquer tempo. A exemplo de Craig, também ressaltam a preeminência da declaração do vício *ab initio* sobre o fluir do tempo ao recorrerem ao brocardo latino *quod ab initio vitiosum est tractu tempore convallescere non potest*. Afinal, está fora do comércio entre os homens e da esfera da autonomia da vontade. Sua transcendência acarreta a nulidade dos atos posteriores, derivados do ato nulo, "*sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto.*" Este, aliás, é o mesmo norte seguido pelo art. 54 da Lei nº 9.784/199, que somente penaliza, sem limitadores temporais, o agente que agiu de má-fé, o qual contribuiu para o enfraquecimento da força normativa da Constituição ao não preencher de modo válido o requisito da prévia aprovação em concurso público.

O mesmo entendimento é adotado, no direito português, por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos³⁷. Após registrarem a *assinalável liberdade* do legislador na definição do vício de ilegalidade que pode acarretar a nulidade do ato administrativo, observam a sua insuscetibilidade à produção de efeitos válidos, com abstração do tempo decorrido, o que decorre de sua *improdutividade jurídica* *ab initio*.

Deve ser declarada a nulidade do ato de investidura, caso identificada a ausência do seu pressuposto constitucional de validade, a prévia aprovação em concurso público, independentemente do prazo decorrido, considerando o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, em sendo comprovada a má-fé do beneficiário³⁸. Essa declaração de nulidade é substancialmente distinta da demissão. Afinal, decorre da ausência ou de vício do pressuposto constitucional do ato de investidura, antecedendo o surgimento da relação funcional. A demissão, por sua vez, decorre da prática de infração disciplinar após o surgimento da relação funcional, estando sujeita aos prazos prescricionais previstos no regime jurídico da categoria.

Epílogo

A reconstrução democrática exigiu a alteração de diversos paradigmas há muito sedimentados em nossa realidade. Esse processo, não se pode negar, é lento e está associado, acima de tudo, à sedimentação, no ambiente social, da correção

³⁵ *Administrative Law*. 5ª ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2003. p. 692-693.

³⁶ *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 618. vol. I.

³⁷ *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Actividade Administrativa. Lisboa: Dom Quixote, 2007. p. 46-47.

³⁸ Nesse sentido: STJ, RMS nº 46.861/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 24/08/2018; e RMS nº 5.054/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 28/11/2016.

das alterações propostas. Apesar das tentativas de tergiversar a exigência de prévia aprovação em concurso público para a investidura nos cargos de provimento efetivo, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a necessidade de impedir o avanço de iniciativas dessa natureza.

O sistema brasileiro estabelece um nítido escalonamento entre os referenciais de inexistência, nulidade e anulabilidade em se tratando de concursos públicos. A inexistência do certame ou a existência meramente simbólica, caracterizada quando o ato não se ajusta, por completo, às exigências normativas, causa mácula indelével na investidura realizada, insuscetível de ser saneada pela ação do tempo. A nulidade da investidura, também insuscetível de ser saneada, estará presente quando o certame for hígido, mas a sua funcionalidade for comprometida em relação a certos beneficiários, que agiram de má-fé, a exemplo do que se verifica com os candidatos que lograram fraudar o concurso. Por fim, a anulabilidade, alcançada pelo prazo decadencial previsto na legislação de regência, pressupõe que os vícios do concurso não sejam suficientes para descaracterizá-lo por completo e que o beneficiário não tenha agido de má-fé, o que exige a sua não participação na fraude praticada.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Trad. de LEÃO, Delfim Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRAIG, Paul. *Administrative Law*. 5ª ed. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 11ª imp. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

GARCIA, Emerson; e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004. vol. I.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Tome 4^{eme}. Paris: V. Giard & E. Brière, 1906.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; e MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Actividade Administrativa. Lisboa: Dom Quixote, 2007.

Contraditório, fundamentação e técnica de julgamento colegiado: violação do contraditório (e ao dever de fundamentação), da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica com o sistema de “votação global”

Right to be heard, reasoning and collegiate deliberation technique: violation of the right to be heard (and the obligation to give reasons to decisions), of isonomy, of previsibility and legal certainty by using the “case-by-case” deliberation system

Felipe Barreto Marçal*

Sumário

1. Introdução. 2. Relação entre contraditório (substancial) e fundamentação das decisões judiciais. 3. Colegiado e pluralidade de questões: uma decisão colegiada só pode ser válida se todas as questões forem analisadas por cada julgador (art. 489, §1º, IV, do CPC). 4. Necessidade de convergência nos fundamentos de cada voto (e não só da conclusão). 5. Necessidade de utilização de método de votação em que cada questão seja enfrentada separadamente e com convergência nos fundamentos pelos julgadores. 6. Insuficiência dos modelos *seriatim* e *per curiam* de colheita de votos. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo pretende trazer para debate algumas questões sobre a técnica de julgamento colegiado, o respeito ao contraditório e suas íntimas relações com o dever de fundamentação das decisões judiciais, na tentativa de expungir as chamadas “decisões plurais”.

* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

This work aims to bring into debate some problems about the collegiate deliberation, concerning the right to be heard and its relations with the obligation of decisions to be dully reasoned, in order to try to extinguish the so called "plurality decisions".

Palavras-chave: Técnica de julgamento colegiado. Precedente contraditório. Fundamentação. Decisões plurais. *Issue-by-issue*. *Case-by-case*. Votação global. Votação por questão. Método *seriatim*. Método *per curiam*.

Keywords: *Collegiate deliberation. Precedent. Right to be heard. Reasoning. Plurality decisions. "Issue-by-issue". "Case-by-case". Seriatim deliberation. Per curiam deliberation.*

1. Introdução

O presente artigo pretende trazer para debate algumas questões sobre a técnica de julgamento colegiado, o respeito ao contraditório e suas íntimas relações com o dever de fundamentação das decisões judiciais, na tentativa de expungir as chamadas "decisões plurais".

Nesse sentido, pretende-se demonstrar: *i)* a relação entre o contraditório (substancial) e a fundamentação das decisões; *ii)* que todos os votantes devem ser pronunciar sobre todas as questões suscitadas (pelas partes e pelos demais julgadores), adotando-se o método de votação "questão por questão" ("*issue-by-issue*") em detrimento da "votação global" ("*case-by-case*"); *iii)* que cada questão deve ser votada separadamente, exigindo-se fundamentação convergente; *iv)* que o sistema de "votação global" leva a resultados injustos, porque viola o contraditório (e o dever de fundamentação), a isonomia, a previsibilidade e a segurança jurídica, devendo o julgamento ser realizado pelo método de "questão por questão".

2. Relação entre contraditório (substancial) e fundamentação das decisões judiciais

Como se sabe, há muito tempo se defende que o contraditório é o elemento característico do processo e integra seu conceito; o processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório.¹ Nesse sentido, o art. 5º, LV, da CRFB/88 determina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

¹ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, 1996, p. 8 e 76. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 309.

Atualmente, o conceito clássico (obsoleto) de contraditório evoluiu, deixando de ter um caráter essencialmente individual (informação + reação)² e meramente formal de participação no processo, e passou a ser visto sob um aspecto substancial, que engloba também o direito de participar efetivamente do processo, ou seja, de ter seus argumentos levados em consideração (direito de ser ouvido, que não tem mais apenas aquele aspecto formal de antes), para que, assim, se garanta às partes o direito de influência sobre as tomadas de decisão pelo Estado-juiz no processo,³ evitando-se decisões-surpresas e/ou solitariamente produzidas pelo magistrado.⁴

Com efeito, exercer influência no processo é condicionar de forma significativa e eficaz os demais sujeitos do processo, exercendo estímulos que possam ser capazes de modificar o comportamento alheio.⁵ Assim, ter-se-á certeza se um argumento teve potencial de influência⁶ se o magistrado respeitar o dever de consideração, tomando conhecimento daquele e considerando-o, séria e detidamente,⁷ ainda que para afastá-lo.

E somente com a devida exposição dos fundamentos de acolhimento e de rejeição de cada uma das questões apontadas e discutidas no processo é que se pode dizer se houve uma possibilidade efetiva de influência e se foi respeitado o direito de ter seus argumentos considerados aspectos do contraditório.

Ou seja, é através da fundamentação que se analisará se o contraditório foi devidamente exercido em sua perspectiva substancial. Dessa forma, é sobre os fundamentos da decisão que recairá o controle sobre a atividade jurisdicional, seja ela pelas partes seja por terceiros.

² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105.

³ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, 2005. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório, in: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 545. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, v. 95, n. 346, 1999, p. 16. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 34, n. 168, 2009, p. 109.

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105-106. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97-107. NUNES, Dierle. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial*, 2008. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 25.10.17. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 162-163.

⁵ Essa definição de influência é trazida em: CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, 2005, *passim*. O mesmo autor posteriormente a aborda e desenvolve com profundidade em: *Idem*. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112-157. Confira-se ainda: *Idem*. Contraditório (Princípio do -), in: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org: TORRES, Ricardo Lobo et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 200 (também disponível sob o título *Contraditório como direito de influência*).

⁶ Sobre o desenvolvimento do conceito de influência aqui adotado, confira-se: CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, caps. 3 e 5.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 363-364.

Por essa razão, não se podem (mais) admitir decisões não fundamentadas e mal fundamentadas (o art. 489, §1º, do CPC/2015 inclusive equiparou alguns tipos de “má fundamentação” à ausência de fundamentação), já que, por meio delas, se ferem direitos/garantias fundamentais individuais (contraditório) e aspectos inerentes à própria democracia.⁸

Com isso, dá-se um passo à frente em relação ao art. 93, IX, da CRFB/88, para dizer que a garantia de fundamentação não decorre somente dessa previsão expressa,⁹ mas também do respeito ao contraditório substancial, que é direito fundamental.

Em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da discussão acerca da existência de normas programáticas, parcela dominante da doutrina entende que estes devem ser interpretados de forma a lhes conferir máxima eficácia e efetividade.¹⁰ Não é por outra razão que muitos extraem da norma contida no art. 5º, §1º, da CRFB/88 verdadeiro “mandado de otimização (ou maximização)”.¹¹⁻¹²

⁸ Sobre o tema, merece destaque o seguinte trecho de artigo (cuja leitura integral é obrigatória): “No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei [em sentido amplo, evidentemente]. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como *‘rechtsfertiger Staat’*, como ‘Estado que se justifica’. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa ‘justificação’: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento. (...) Mas a atuação eficaz da garantia jurisdicional exige que os órgãos incumbidos de prestá-la igualmente se submetam – e até a *fortiori* – ao princípio da justificação necessária, no seu duplo momento, material e formal. É preciso que o pronunciamento da Justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funda na lei; e é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado. A não ser assim, a garantia torna-se ilusória: caso se reconheça ao garante a faculdade de silenciar os motivos por que concede ou rejeita a proteção na forma pleiteada, nenhuma certeza pode haver de que o mecanismo assecuratório está funcionando corretamente, está de veras preenchendo a finalidade para a qual foi criado. (...) A motivação das decisões judiciais, como expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia ao Estado de Direito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95)

Dois observações devem ser feitas sobre o texto: a primeira é que foi escrito em março de 1978, antes da entrada em vigor da CRFB/88, o que reforça que essa garantia prescinde de previsão legal expressa; a segunda diz respeito ao escopo do texto, que trata, em algumas passagens, do Judiciário, sem deixar de ser aplicável aos demais órgãos do Estado, pelas mesmas razões.

⁹ Vide a nota supra, demonstrando que o Prof. José Carlos Barbosa Moreira já defendia a necessidade de fundamentação das decisões judiciais pelos argumentos transcritos, ligados ao controle de legitimidade por meio da justificação do poder exercido.

¹⁰ Apesar de entender que existem diferenças conceituais entre eficácia (aptidão a produzir efeitos) e efetividade (produção dos efeitos almejados), parte da doutrina não faz essa diferenciação ao tratar da questão do art. 5º, §1º, da CRFB/88. Luís Roberto Barroso, por outro lado, atribuindo certo grau de diferença entre os termos, ao qualificar a eficiência como “eficácia social”, diz que: “Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia. As anotações que se seguem têm por objeto um quarto plano, que por longo tempo fora negligenciado: o da efetividade ou da eficácia social da norma. A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo.” (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.)

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 270-271.

¹² PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 51/52, 1999, p. 86-87. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>. Acesso em 25.04.16. No mesmo sentido: *Idem*. *Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais*, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 37, 1992, p. 73.

Não se desconhece que essa máxima efetividade/eficácia pode sofrer mitigação quando houver conflito entre direitos fundamentais, pois algum deles haverá de prevalecer em certa medida.

Entretanto, nem mesmo o mito da duração razoável do processo como “processo rápido” pode servir para afastar o dever de fundamentação do magistrado, a fim de que leve em conta todos os argumentos suscitados pelas partes. Assim, se faz necessário que todas as questões sejam enfrentadas, sejam elas “de fato” ou “de direito”.¹³

3. Colegiado e pluralidade de questões: uma decisão colegiada só pode ser válida se todas as questões forem analisadas por cada julgador (art. 489, §1º, IV, do CPC)

Nesse ponto, é importante destacar que não se pode mais admitir, ao menos do ponto de vista teórico, essa cisão entre questão “de fato” e “de direito” no momento de aplicação do direito. Afinal, se o direito aplicado é a incidência do fato à norma e se a norma somente é extraída à luz dos fatos, não se concebe relevância jurídica de um fato, senão à luz da norma (direito).¹⁴

Entretanto, no processo, muitas vezes são discutidas a verificação de existência de fatos e a forma como eles ocorreram¹⁵ e isso é colocado sob a cognição judicial anteriormente à análise da incidência da norma – a esse tipo de matéria a ser decidida é que se chamará de “questão de fato” no presente artigo.

Feito esse esclarecimento, também não se deve deixar de mencionar que o processo, em regra, conta com pluralidade de questões a serem decididas e, normalmente, não existem grandes problemas em relação aos julgamentos monocráticos (sejam eles em qualquer instância) no que diz respeito à forma e à ordem de apreciação das questões.

Na verdade, o problema aparece justamente quando mais de um magistrado tem que analisar o caso de forma conjunta e é dessa hipótese, com as falhas que normalmente ocorrem, que se cuidará a seguir.

Para essa análise, inicia-se com a pluralidade de “questões de fato” existente num processo e sua apreciação por um órgão colegiado.

As “questões de fato” submetidas à cognição judicial: *i)* podem configurar uma causa de pedir; *ii)* podem integrá-la ou *iii)* podem ser necessárias ao julgamento do mérito.

¹³ Separação fictícia que um dia esperamos ver superada, pois traz mais problemas do que soluções, especialmente por alguns que tentam desvirtuar completamente, por exemplo, os arts. 9º e 10 do CPC/2015.

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Comentário ao art. 976, in: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1440. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73.

¹⁵ Não é esse o local adequado para discutir a verdade no processo, figura que tem se mostrado muito mais mítica do que real.

Como se sabe, causa de pedir, de acordo com a doutrina majoritária,¹⁶ é o conjunto de fatos (jurídicos) que embasam determinada pretensão.¹⁷⁻¹⁸ A cada conjunto causa de pedir-pedido corresponde uma demanda.¹⁹ Havendo mais de uma causa de pedir, admite-se a cumulação delas em um só processo, que não é obrigatória. Em outras palavras, acumulam-se demandas (causa de pedir-pedido) num só processo.

Antes de aprofundar a explicação, é válido dar um passo atrás para abordar a causa de pedir *sem* a referida cumulação.

Imaginemos que o autor opte por não cumular demandas e ajuizá-las de forma separada: formula um pedido “J” com base na causa de pedir “X” num processo e, noutro, formula o mesmo pedido “J” com fundamento na causa de pedir “Y”.

Ao levar o *primeiro* processo ao colegiado, um dos integrantes entende existir a causa de pedir “X” e julga procedente o pedido “J”; o segundo entende que a causa de pedir “X” não ocorreu e julga improcedente o pedido “J”, apesar de reconhecer que, tivesse sido formulada a causa de pedir “Y”, que diz ter ocorrido, julgaria procedente o pedido; e o terceiro julga improcedente o pedido “J”, afastando a causa de pedir “X”, ressaltando que também não reconhecera a causa “Y”, mas sim a “Z” como causa de pedir que conduziria à procedência.

Nesse caso, o resultado é: um julgador acolheu a causa de pedir “X”, julgando procedente o pedido “J”, ao passo que outros dois afastaram a causa de pedir “X”, julgando improcedente o pedido “J”. Trata-se de improcedência por maioria.

¹⁶ Não obstante a existência de uma interminável controvérsia. Para uma análise histórica: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. CUNHA, Leonardo Carneiro. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 33-46.

¹⁷ “Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. (...) Cada fato ou conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor constitui uma *causa petendi*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.) “Em sistemas jurídicos do tipo do nosso, incumbe ao juiz identificar a norma adequada, interpretá-la e aplicá-la, independentemente da respectiva invocação pelo autor; não lhe é dado, entretanto, levar em conta o fato supostamente gerador do efeito pretendido, senão quando o autor o haja invocado. Antes de ser utilizado pelo órgão judicial como fundamento da decisão, o fato é utilizado pelo autor como fundamento do pedido. A esse fato, visto precisamente enquanto fundamento do pedido, é que, em nosso entender, se deve aplicar a denominação de causa de pedir. Ela designa, pois, o fato *in statu assertionis*, tal qual narrado – e, nessa perspectiva, sempre existente: a ninguém é lícito pleitear providência jurisdicional sem indicar o fato em razão do qual lhe pareça que ela haja de ser concedida. Do que ficou dito infere-se que as questões concernentes à *causa petendi* são consideradas, em qualquer caso, questões de fato, jamais questões de direito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória, in: *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 207.) No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 195. SATTÁ, Salvatore. *Direito processuale civile*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. por Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1981, p. 139. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 127-128. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto processuale civile*, v. I. 4ª ed. Milão, 1980, p. 173.

¹⁸ Para análise e crítica aos autores que divergem desse entendimento, com base no art. 319, III, do CPC: MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018, Dissertação de Mestrado em Direito Processual, item 4.5.2.

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2015, p. 551-552.

Submetendo-se, posteriormente, a segunda demanda (versando sobre a causa de pedir "Y") ao mesmo colegiado, imaginemos que o primeiro integrante afirme não vislumbrar a presença da causa de pedir "Y" (mas somente a "X"), enquanto os demais mantêm suas conclusões anteriores.

Então, o resultado é: um julgador acolheu a causa de pedir "Y", julgando procedente o pedido "J", ao passo que outros dois afastaram a causa de pedir "Y", julgando improcedente o pedido "J". Trata-se novamente de improcedência por maioria.

Temos, portanto, nos dois processos, uma improcedência do pedido "J", seja pela causa de pedir "X", seja pela "Y", concluindo-se que o autor não tem direito ao que postulou em razão de qualquer uma dessas duas causas de pedir.

Imaginemos, agora, que esse mesmo autor tivesse resolvido acumular as demandas, de forma que o pedido "J" se baseasse nas causas de pedir "X" e "Y".

Ao levar esse processo ao colegiado (com as mesmas conclusões hipotéticas de antes), se o primeiro integrante entende que somente "X" está presente, se o segundo entende que somente "Y" está presente e se o terceiro entende que nem "X" nem "Y" estão presentes, não se pode conceber um resultado diferente (das demandas não cumuladas), impondo-se, mais uma vez, a improcedência do pedido pelas duas causas de pedir, e não um acolhimento tosco do pedido por maioria (porque um o acolheu pela causa "X" e outro, pela "Y").

Em outras palavras, cada conjunto causa de pedir-pedido deve ser analisado de forma separada, não sendo possível somar uma "procedência de 'J' com base em 'X'" com uma "procedência de 'J' com base em 'Y'". Afinal, se admitirmos isso, um resultado – que antes seria de improcedência – será alterado – para procedência – pela simples cumulação de demandas.

Ora, o uso do processo se presta a *isso*? É essa a interpretação *correta* da técnica de julgamento, a permitir que, quanto mais causas de pedir sejam alegadas num mesmo processo, maiores as chances de êxito do demandante?

É possível afirmar que *não*: seja na hipótese de demandas separadas ou cumuladas, cada conjunto causa de pedir-pedido deve ser analisado e votado de forma separada, conduzindo ao mesmo resultado (numa comparação hipotética, é claro).²⁰⁻²¹

E não se deve parar aí. Não só as causas de pedir, mas toda e qualquer “questão de fato” (independentemente de ser, por si só, uma causa de pedir, de integrá-la ou de ser uma questão prévia/posterior²²) deve ser analisada separadamente, justamente para que cada (toda) questão posta sob cognição seja apreciada pela integralidade dos julgadores e para que, como dito (apesar de o Prof. Barbosa Moreira não concordar sobre esse alargamento do julgamento separado especificamente), não se somem quantidades heterogêneas.

Isso porque não se pode admitir que uma questão discutida no processo fique sem apreciação e, conseqüentemente, não se pode admitir que, num julgamento colegiado, algum(ns) de seus componentes deixe(m) de decidir ou de resolver²³ qualquer questão.

²⁰ Se a explicação não convence, pede-se vênua para mais uma vez trazer a autoridade dos argumentos de Barbosa Moreira sobre o tema: “Suponhamos, v.g., que se esteja apreciando, em grau de apelação, hipótese em que o autor pede a anulação de ato jurídico, por três fundamentos diferentes (a, b e c). Dos três votantes, o primeiro reconhece apenas o fundamento a, mas rejeita os fundamentos b e c, enquanto o segundo só reconhece o fundamento b, rejeitando a e c, e o terceiro unicamente reconhece o fundamento c, rejeitando a e b. É certo que todos os juizes se pronunciarão no sentido de anular-se o ato; cada qual o fez, entretanto, com referência a uma ação distinta. Se somarmos o voto do primeiro quanto à ação a, o do segundo quanto à ação b e o do terceiro quanto à ação c, chegaremos à conclusão de que o pedido foi julgado procedente por unanimidade; será, porém, uma conclusão absolutamente falsa, porque se terão somado quantidades heterogêneas. O resultado, como se bem compreende, não deve ser diverso do que se obteria se as três ações tivessem curso em processos separados. Consiste o procedimento correto, portanto, em apurar separadamente os votos sobre cada uma delas [4]. Assim, na ação a, o pedido de anulação foi rejeitado por maioria, contra o voto do primeiro juiz; deu-se o mesmo na ação b, contra o voto do segundo juiz. Quer dizer: em nenhuma das três se julgou procedente o pedido de anulação, e o ato impugnado permanece de pé. Para que se anule o ato, é indispensável que haja maioria (ou unanimidade) de votos favoráveis ao autor pelo menos em relação a uma das causas de pedir – vale dizer: pelo menos em relação a uma das ações. (...) Ainda, contudo na ausência de regra expressa, deve adotar-se, na apuração dos votos, o método descrito. Ele é, com efeito, o único que respeita a sistemática do ordenamento e, afinal, a própria natureza das coisas.

[nota de rodapé nº 4] Com inteiro acerto, entre nós, MONIZ DE ARAGÃO, Embargos infringentes, 2.ª ed., São Paulo, 1974, p. 140; cf. na recente doutrina francesa, NAUROIS, La procédure de vote du tribunal collégial, in Mélanges dédiés à JEAN VICENT, Paris, 1981, p. 247 e s.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir*, in: *Temas de direito processual : terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131-135.)

²¹ “(...) Cada uma dessas preliminares tem de ser posta em votação separadamente, sob pena de se pretender somar quantidades heterogêneas. Igual regra vale para o caso de se invocarem vícios diversos para pleitear a rescisão. Cada vício constitui uma *causa petendi*, de modo que, na verdade, o tribunal está diante de várias rescisórias cumuladas, conexas pelo objeto. É forçoso julgar cada qual de per si. Pode acontecer que, em órgão de cinco membros, dois juizes se manifestem no sentido de acolher o pedido de rescisão pelo fundamento da colusão entre as partes (art. 485, nº III, 2ª parte), e dois outros no sentido de acolhê-lo pelo fundamento da falsidade de prova (art. 485, nº VI). Seria palmar erronia adicionar os dois últimos aos dois primeiros, para dar como procedente o pedido, por maioria de quatro votos. A realidade é que não se acolhe nenhum dos pedidos das rescisórias cumuladas, e o verdadeiro resultado é o de improcedência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões de técnica de julgamento nos tribunais*, in: *Temas de direito processual : nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 286.

²² O fato de as questões serem autônomas/independentes faz com que a ordem para decidir cada uma seja irrelevante, mas não retira a obrigatoriedade do órgão judicial (no caso do impeachment, esse órgão judicial é legislativo) de decidir todas elas.

²³ Os termos não são empregados como sinônimos, uma vez que nem todo pronunciamento do magistrado sobre as questões implicará decisão (quando esta for o *thema decidendum*), e sim resolução.

Afinal, se não permitimos que um julgador singular deixe de examinar alguma questão durante o julgamento (expresso no CPC/2015 - art. 489, §1º, IV -, que exige a resolução de todas as questões surgidas) e se o acórdão é uma soma do julgamento de cada um dos componentes do colegiado, a conclusão lógica é a exigência exposta acima.

Além de tudo que já foi dito anteriormente sobre contraditório/fundamentação, pode-se invocar aqui a inafastabilidade de jurisdição e a correlação (da sentença à demanda) como argumentos para que nenhum julgador fique sem decidir qualquer questão.

Num passo seguinte, levando em conta que todas as questões postas sob a cognição judicial devem ser decididas/resolvidas (por todos os membros do colegiado), não há como misturá-las na hora da colheita dos votos, razão pela qual devem ser computadas separadamente, justamente para que a soma – em qualquer sentido – possa ser feita.

Dessa forma, caberia ao Presidente do colegiado colocar cada questão de fato enfrentada no relatório apresentado, separadamente, para votação e colher os votos sobre todas elas, uma por uma.²⁴ Somente assim se poderia dizer sobre quais fatos e quais questões teria havido concordância (integral ou parcial) na hora de decidir.

4. Necessidade de convergência nos fundamentos de cada voto (e não só da conclusão)

Visto esse aspecto, passa-se à análise do segundo ponto, mais polêmico, sobre a pluralidade de "fundamentos" (alguns acrescentam a locução "de direito") em relação à mesma questão.

Nesse espectro, pretende-se tratar especialmente de resultados "convergentes" por razões distintas ("decisões plurais").²⁵ Buscando-se um exemplo concreto, seria como julgar que o réu deve indenizar o autor pelo dano causado, porque alguns julgadores entendem que se tratou de ato ilícito (art. 187 do CC) e outros que se tratou de estado de necessidade (que, apesar de não configurar ato ilícito, enseja a responsabilização, nos termos dos arts. 188, II, e 930 do CC).

Sobre o tema, para Barbosa Moreira, não se deve:

[c]indir a votação em tantas etapas quantas sejam as questões (de fato ou de direito) que cumpre resolver para reconhecer ou negar a realidade de cada uma das causas de pedir. (...) Seria errôneo aplicar a semelhante hipótese o raciocínio exposto nos itens anteriores [sobre pluralidade de causas de pedir], porque nela é sempre da

²⁴ O Prof. Barbosa Moreira se refere apenas à colheita dos votos sobre cada causa de pedir, uma a uma: *Notas sobre alguns fatores extrajudiciais no julgamento colegiado*, in: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 162-163.

²⁵ Apesar de a leitura ter sido feita quando o artigo já se encontrava praticamente concluído, é indispensável indicá-la, ressaltando que as ideias expostas permearão tudo o que se dirá a seguir: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 461-467.

mesma ação que se trata. Embora diferentes os motivos em que se apoiam os votantes, não varia o objeto dos pronunciamentos.²⁶

Nessa mesma linha, alguns doutrinadores se manifestam no sentido de que a concordância sobre os fundamentos somente seria relevante para fins de *formação de precedentes* – a ser observada pelas cortes responsáveis por sua formação, apenas quando se tratar de procedimento com esse objetivo –, mas irrelevante para a decisão do caso concreto, que pode ocorrer mediante “decisão plural” (na qual se “converge” na conclusão, mas se diverge nos fundamentos).²⁷

Com a devida vênia aos grandes mestres, não se pode concordar com esse entendimento. Em primeiro lugar, porque um “acórdão” pressupõe “acordo”; mas esse acordo não se verifica caso somente seja analisada a parte dispositiva, conforme dito anteriormente.

Afinal, basta pensar que não é razoável imputar-se uma penalidade ou uma constrição patrimonial a alguém quando não se atinge uma concordância mínima sobre o fundamento dessa penalidade/constrição. Seria algo como: nós chegamos à conclusão conjunta de que você deve ser condenado, mas não nos entendemos em relação aos porquês.

Isso porque, quando se concentram as atenções na conclusão, permitindo-se que exista qualquer divergência sobre a fundamentação, o que se tem, na prática, é um desprezo pelos fundamentos, tornando a decisão arbitrária. Ora, se o fundamento é requisito de validade da decisão (art. 93, IX, da CRFB/88), como admitir que uma decisão colegiada prescindida do acordo nesse ponto?²⁸

Além disso, não é possível justificar/sustentar que uma decisão colegiada com multiplicidade de fundamentos (divergentes) equivalha (ao menos *inter partes*) a uma decisão com unidade (unanimidade/maioria) de fundamentos (convergentes).²⁹ Não

²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir*, in: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 133.

Foi em razão desse raciocínio - de que discordo frontalmente – que o professor sugeriu a inclusão no Regimento Interno do TJRJ, quando integrava o tribunal, do dispositivo que trata da declaração de voto em julgamentos “convergentes” por razões distintas (chamada “decisão plural”), que espero um dia ver revogado pelas razões expostas no presente artigo.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 39-42; *Idem*. *A função das cortes supremas e o Novo CPC*. Publicado em: 25.05.16. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn2. Acesso em: 18.04.16.

²⁸ Parecem seguir o mesmo entendimento: “(...) mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*) é causa tão só de nulidade da decisão – que, a rigor, existe, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída” (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 443.)

²⁹ Ademais, em relação ao processo civil especificamente, ainda caímos no problema da formação da coisa julgada em relação às questões prejudiciais (art. 503, §1º, do CPC/2015). Não se pode sustentar o *status* de coisa julgada material à questão prejudicial que não foi julgada pela maioria.

parece, assim, razoável tratá-las do mesmo modo e conferir-lhas os mesmos efeitos, tampouco admitir que os pronunciamentos singulares distintos possam ser somados.³⁰

Em outras palavras, o controle de legitimidade e de correção da decisão colegiada será feito à luz de três fundamentações (singulares) diferentes, não havendo nada inerente a um “acórdão” nisso.

Assim, não faz sentido que se admita conclusão una com divergência nos fundamentos³¹ ou que as questões (que representem fundamentos de fato ou de direito) sejam votadas em conjunto, sem sua correta especificação.

Sendo algumas questões preliminares ou prejudiciais a outras, é evidente que a resolução de cada uma delas (prévias) influenciará nas subseqüentes (posteriores/principais), devendo o voto sobre cada uma – seja de fato ou de direito – ser colhido separadamente. Sendo elas autônomas, não podem ser misturadas, sob pena de se somarem questões heterogêneas, cuja contagem, de forma global, pode resultar num resultado inverídico e, conseqüentemente, injusto.³²

³⁰ Da leitura do Capítulo 3 (MARINONI, Luiz Guilherme. *O Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015), fico com a impressão de que o professor mais se conforma com a dificuldade de corrigir esse problema do que propriamente concorda com sua prática. Não ficaram, ao menos para mim, claras as razões pelas quais esse tipo de decisão seria adequada e aceitável do ponto de vista jurídico.

³¹ Esse parece ser também o entendimento de: NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. p. 31, in: *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada*. Org: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Salvador: Juspodivm, 2015. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 443.

³² Esse parece ser o entendimento de NAUROIS, Louis de. *La procédure de vote du tribunal collégial (demande unique, pluralité de questions à résoudre)*, in: *Mélanges dédiés à JEAN VINCENT*, Paris: Dalloz, 1981, p. 247-251. Ao final do artigo, o autor conclui dizendo a votação deve ser feita separadamente quando as questões não tiverem relação entre si e que há casos em que a votação deve ser feita de forma global, quando as questões votadas forem incidíveis e sua divisão macular a lógica de ser do todo (“*Ne faut-il pas dire, tout simplement, que la pluralité des votes suppose que les questions sont sans relations les unes avec les autres, et qu’au contraire le vote global s’impose quand en les séparant on briserait leur unité, on morcellerait ce qui forme un tout, à quoi la logique n’aurait rien à redire?*” – p. 252). Parece-me que aqui houve mais impropriedade técnica ou falta de clareza na explicação do que contradição com a ideia anteriormente exposta pelo autor. Isso porque, se há indivisibilidade, se está diante de uma só questão, e não de várias questões que precisam ser aglutinadas para não comprometer o todo. O próprio conceito de questão nos permite chegar a essa conclusão: “A palavra ‘questão’ vê-se empregada em dois sentidos diversos na linguagem da lei. Ela serve primeiro para designar *ponto duvidoso*, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. Nessa acepção, dir-se-á com propriedade que a solução das ‘questões’ é o meio de que se vale o juiz para julgar: a ‘questão’ não constitui, em si, objeto de julgamento, mas, uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir. (...) Outras vezes, ‘questão’ é o próprio *thema decidendum*, ou ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona. Se alguém, v.g., pleiteia a resolução da promessa de compra e venda e a reintegração na posse do imóvel, dir-se-á, neste outro sentido, que o juiz deve julgar duas ‘questões’, a da resolução contratual e a possessória. Existe aí manifesta correspondência entre ‘questão’ e pedido: havendo mais de um pedido, ou – o que afinal é o mesmo – compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas ‘questões’ quantos forem os pedidos, ou os itens do pedidos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo*, in: *Temas de Direito Processual - segunda série*. 2ª ed - São Paulo: Saraiva, 1998, p. 243; em sentido semelhante: CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale*. Pádua, vol. III, 1939, p. 104.) E não é a (in)dependência das questões entre si que deve conduzir à votação separada. Basta pensar que, num caso de responsabilidade civil, os pressupostos da responsabilização (conduta ilícita em alguns casos; dano; culpa ou dolo, quando se trata de responsabilidade subjetiva, e nexa causal) são independentes entre si (o fato de existir um em nada

Na verdade, exigir que cada questão seja analisada separadamente garante que todas elas sejam apreciadas por cada um dos membros do colegiado, o que é igualmente garantia do contraditório (não é por outra razão que o art. 489, §1º, IV, do CPC/2015 não considera fundamentada, com a consequente pecha de nulidade, a sentença que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”).³³

Da mesma forma (e o art. 489, §1º também é expresso em relação aos julgados colegiados), o acórdão que não aprecia todas as alegações deve ser considerado não fundamentado e nulo, caso todos os julgadores (afinal, é uma decisão *colegiada*) não se manifestem sobre todos os fundamentos arguidos. Admitir o contrário cria uma decisão capenga, e não colegiada como se pressupõe num acórdão.

Precisamos lembrar também que o CPC/2015 reforçou a necessidade (ou prioridade) do julgamento colegiado, a que alguns denominam “princípio do colegiado”, justamente com a finalidade de evitar que um magistrado somente resolva as questões postas em debate.

Por outro lado, falar que somente para a formação de precedentes (seja no sentido brasileiro ou no sentido do *common law*) se exige essa concordância é criar, na verdade, decisões de duas categorias: uma melhor, com fundamentos e conclusões convergentes, que serve como precedente e outra pior, com fundamentos divergentes e conclusões “convergentes”, que só serve para resolver o caso concreto.³⁴

Não se pode admitir, por respeito à isonomia, que num processo haja votação com resultado e com fundamentação convergentes e noutro que a votação ocorra com resultado convergente, mas fundamentações divergentes. O que justifica que uma demanda tenha uma votação diversa (tanto na forma quanto no resultado), especialmente num Estado em que a isonomia é uma garantia fundamental?³⁵

interfere no julgamento do outro), mas dependentes (questões prejudiciais) em relação à responsabilização e devem ser votados separadamente: é possível concluir pela ausência de responsabilidade porque ausentes qualquer um de seus três elementos, devendo cada um deles ser apreciado de forma separada, a fim de que todos os julgadores se manifestem sobre cada questão individualmente considerada (e, posteriormente, sobre a existência de responsabilidade). A partir dos próprios exemplos do autor expostos ao longo do texto (inclusive exemplo semelhante sobre responsabilização e “la trilogie faute-dommage-relation” na página 253) é possível chegar à mesma conclusão aqui exposta. Dessa forma, havendo incidibilidade (questão una) ou não (múltiplas questões), o método de votação separada de cada uma delas se mostra o mais adequado, a fim de que não haja confusão sobre a posição dos julgadores acerca de cada uma delas.

³³ Com relação ao CPC/2015, o art. 503, §1º, estabelece que a coisa julgada se forma sobre as questões prejudiciais de mérito (e não vislumbro, *a priori*, qualquer razão para afastarmos as preliminares de mérito da incidência desse artigo, sob pena de criarmos uma situação absolutamente esdrúxula), reforçando a necessidade de que todas elas sejam apreciadas e votadas separadamente, sob pena de termos coisa julgada sobre questões resolvidas por minoria, o que nos parece ser extensivo a outros tipos de processos. Sobre o tema: MARÇAL, Felipe Barreto; ANTUNES, Maurício Rafael. Abrangência dos Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo CPC à Prescrição. *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 2 - Maio/Agosto - 2018. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_377.pdf. Acesso em: 13.08.18.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 447 e nota de rodapé nº 22.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48. ABREU, Rafael Sirângelo. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015.

Ademais, soa absolutamente falacioso dizer que às partes do processo importa o resultado, e não o fundamento. Afinal, se a convergência/divergência em relação aos fundamentos levar a resultados diversos, é evidente que todo interesse do mundo terá por menos uma das partes na colheita de votos separados por fundamento.

Somem-se a isso os diversos dispositivos processuais constitucionais e infraconstitucionais que emprestam mais rigor à fundamentação, justamente por serem uma garantia também individual (art. 93, IX, da CRFB/88 e arts. 10, 11, 489, §1º, e art. 1.022 do CPC/2015, por exemplo).

E mais: se a jurisdição tem como uma de suas funções a resolução de conflitos, não há como admitir que as partes sequer saibam as razões que levaram à (im)procedência dos pedidos, o que, em última análise, impede justamente essa “pacificação” e a repetição de conflitos idênticos (afinal, basta pensar que nos dias atuais praticamos inúmeros atos e participamos de outros tantos fatos com repercussões jurídicas), porque não se sabe qual a real causa ensejadora do conflito (fundamento de fato + fundamento de direito), sem essa convergência dos votos.

Com efeito, se parte da doutrina diz que “o sentido do direito está nas razões que determinam o resultado, ou seja, na *ratio decidendi*”,³⁶ não se concebe que, sem direito (e, portanto, fundamento mínimo comum), haja uma solução adequada a qualquer demanda – independentemente de servir à função de precedente ou não,³⁷ de modo que não há qualquer justificativa racional para que ocorra essa diferenciação.³⁸

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o Novo CPC*. Publicado em: 25.05.16. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn2. Acesso em: 18.04.16.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 447 e nota de rodapé nº 22.

³⁸ Especificamente sobre esse ponto – com destaque que a técnica adequada não pode servir somente à formação de “precedentes” (com a concepção estabelecida pelo CPC/2015, qual seja, de decisões vinculantes) –, trazemos a seguinte lição do Professor Alexandre Freitas Câmara: “É absolutamente fundamental, para o correto julgamento por órgão colegiado, que cada um dos fundamentos seja apreciado separadamente, sendo analisado em cada um dos votos proferidos. Imagine-se, então, que em um determinado processo tenha o relator identificado cinco argumentos distintos que tenham sido suscitados e devam ser examinados: é preciso que cada um dos integrantes do órgão colegiado se pronuncie separadamente sobre cada um desses argumentos, de forma a permitir que se verifique quais terão sido acolhidos (e quais os rejeitados) pela turma julgadora (por unanimidade ou por maioria). Pois para que isto funcione, é absolutamente essencial que os votos ‘dialoguem’. Impõe-se, então, que – proferido o primeiro voto – os demais integrantes da turma julgadora enfrentem, individualmente, cada um dos fundamentos do voto do relator. E no caso de algum magistrado enfrentar algum fundamento novo, que não tivesse sido apreciado nos votos anteriores, é essencial que aqueles que já tinham votado retomem a palavra, a fim de se pronunciar sobre este novo fundamento. Só assim teremos uma colegialidade verdadeira, capaz de permitir definir quais foram, realmente, os fundamentos determinantes da decisão (assim compreendidos os fundamentos da decisão que tenham sido expressamente acolhidos em votos suficientes para formar a maioria). Vale registrar, aliás, que o art. 984, §2º, expressamente estabelece que o conteúdo do acórdão a ser proferido no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas deverá abranger ‘a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários’. E disposição idêntica se encontra em relação ao julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1.038, §3º). Não se pode, porém, pensar que só nesses casos tal exigência deve ser feita. Em qualquer julgamento colegiado é preciso que todos os votos integrantes do acórdão (que é, nos termos do art. 204, ‘o julgamento colegiado proferido pelos tribunais’) se manifestem sobre todos os fundamentos discutidos, a fim de se viabilizar a determinação de quais foram acolhidos (ou rejeitados).”

Nesse sentido, a emissão de decisões cujos fundamentos não coincidem é tão prejudicial à solução do caso concreto examinado e de futuros casos, que a doutrina norte-americana, por exemplo, tem constantemente se voltado contra essa “prática” (no meu entendimento, um dos mais graves vícios do direito processual, que não comporta eufemismos), chegando a denominá-la um “*judicial cripple*”.³⁹

É justamente por isso que devemos repensar, com urgência, a forma de votação em órgãos colegiados, apreciando cada questão separadamente (a doutrina estrangeira chama de votação “*issue-by-issue*”).

5. Necessidade de utilização de método de votação em que cada questão seja enfrentada separadamente e com convergência nos fundamentos pelos julgadores

Em primeiro lugar, não é possível vislumbrar as razões pelas quais o Professor Marinoni⁴⁰ entende não ser adequado o modo de votação “*issue-by-issue*” para cada fundamento no direito brasileiro (ao contrário, me parece muito mais adequado à ideia estabelecida no art. 939 do CPC/2015, com equivalente no art. 561 do CPC/1973⁴¹).

(CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC e os Julgamentos Colegiados*. Publicado em: 08.07.15. Disponível em: <http://justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>. Acesso em: 18.04.16.)

³⁹ “There may appear in what we have written above an implication that, on occasion, plurality opinions are the product of design rather than the result of a failure in the efficient operation of the collegial system. If the Court has at times deliberately chosen this path, it would indicate that some members of the Court must have decided that to promulgate such a cripple was the least of the evils among the options available. It is impossible for an outsider to pass judgment on such a choice. However, the least that can be said is that the evil inherent in decision by plurality is not a minor one, and that members of the Court should consider well before choosing a path which leads to such confusion both within and without the Court.” (DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. *Judicial Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*, in: *Duke Law Journal*. vol. 59, 1974, p. 62.)

⁴⁰ Apesar de discordar da conclusão do Prof. Marinoni, é didaticamente adequada sua transcrição, extraída de capítulo no qual se discute a correção e a pertinência do modelo de julgamento/colheita de votos “*issue-by-issue*” (“questão-por-questão”) em vez do modelo “*case-by-case*” (vê a causa como um todo; votação global) no momento do julgamento colegiado: “Quando a solução de um caso envolve a solução de duas ou mais questões, em princípio há possibilidade de tomar o voto de cada julgador a respeito do caso ou separar as questões, tomando-se o voto dos julgadores em relação a cada uma delas. Nesse sentido, afirma-se que é possível empregar a votação ‘*case-by-case*’ e a votação ‘*issue-by-issue*’. O modelo ‘*case-by-case*’ reflete a visão de cada juiz sobre o resultado do caso em sua totalidade, enquanto o modelo ‘*issue-by-issue*’ reflete a visão de cada juiz a respeito das questões. (...) O modelo ‘*issue-by-issue*’, ao obrigar a discussão e a votação de cada questão em separado, pode ser visto como uma alternativa para evitar decisões plurais, em que o resultado prevalece a despeito das *opinions* terem sido rejeitadas pela maioria. A adoção desse modelo sobrepõe o valor do encontro da *ratio* sobre o valor do julgamento pessoal. Aí mais importa delinear um fundamento que tenha o respaldo da maioria do que obter um julgamento compartilhado pela maioria. Note-se, portanto, que o modelo de votação por questão, ainda que retoricamente possa ser melhor explicado mediante a alusão a decisões ‘paradoxais’, objetiva eliminar a prevalência de *opinions* não instituídas pela maioria ou, em outros termos, as próprias decisões plurais. A ideia é correta e frutífera, mas deve ser relacionada, no direito brasileiro, apenas ao julgamento de questões autônomas ou de contrariedade a determinada norma. Ou melhor, deve-se exigir votação individualizada apenas das questões autônomas ou sobre a existência de violação de uma norma, mas não acerca de cada fundamento capaz de impor a solução de uma questão autônoma ou de levar à conclusão acerca da violação da norma.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 92-97.)

⁴¹ Aliás, apesar da redação pouco precisa (e com extensão menor do que seu real sentido) de ambos os dispositivos, o Prof. Barbosa Moreira, se manifestando sobre o art. 561 do CPC/73 – cuja redação é substancialmente igual à do art. 939 do CPC/2015 –, esclareceu que, “havendo preliminar já situada no plano do mérito (...), o tribunal deve apreciá-la antes da matéria restante; incide aí, igualmente, a regra do art. 561, fine”. (*Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 700.)

Aliás, o próprio professor reconhece que esse método de julgamento (“*issue-by-issue*”) é adequado para acabar com contradições (resultados por fundamentos distintos e contraditórios) surgidas quando utilizado o modelo “*case-by-case*”.⁴²

Ora, se é um método com menos chances de contradições e com mais integridade entre os votos, não há motivos para que sua aplicação seja feita somente de forma subsidiária,⁴³ ao invés de ocorrer desde logo (*ab initio*).

Também não se pode esquecer que o procedimento correto e adequado (votação de cada questão separadamente) não pode ser suplantado porque *eventualmente* se atingirá o mesmo resultado (mediante a votação global). Afinal, até mesmo um relógio quebrado acerta a hora duas vezes ao dia e nem por isso se dirá que, nesses momentos, ele funciona.

Some-se a isso o fato de que permitir uma alteração da técnica de julgamento no meio do julgamento é absolutamente contrário à própria ideia de previsibilidade do direito, que, obviamente, deve ser estendida ao direito processual, a fim de lhe conferir maior segurança jurídica. Em outras palavras, não se pode admitir uma alteração *ad hoc* e súbita no procedimento de colheita de votos – algo como um modo de “colheita de votos *secundum eventum litis*”, em que o próprio resultado seria a condição da modificação. Com todas as vênias, mas essa posição é absolutamente arbitrária, imprevisível e incompatível com nosso ordenamento,⁴⁴ como o próprio Prof. Marinoni afirma.⁴⁵

Ademais, esses procedimentos distintos ainda ferem a isonomia⁴⁶ entre litigantes diversos com demandas objetivamente idênticas, sem falar na possibilidade

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *O Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 115-116.

⁴³ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, in: *California Law Review*. vol. 81, nº 1, 1993, p. 57. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1>. Acesso em 18.04.16.

⁴⁴ Nem mesmo os defensores da flexibilização procedimental admitem essa irrestrita liberdade ao magistrado, exigindo requisitos para que ela ocorra, o que não se extrai nesse caso. Até mesmo porque a flexibilização procedimental é defendida como meio de tutelar direitos e de ampliar garantias, justamente o oposto do que ocorre com essa estipulação *ad hoc* da técnica de julgamento que será utilizada. Por todos: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007; *Idem*. *Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC*, in: *Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas – atualizado com a Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016*. Coord. Antonio Pereira Gaio Júnior e Alexandre Freitas Câmara. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 148-154.

⁴⁵ “Considerando-se a realidade da justiça civil brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das Cortes Supremas...* p. 1.) No mesmo sentido: *Idem*. *Culture, predictability and unity of the law*. Disponível em: https://www.academia.edu/8023452/CULTURE_PREDICTABILITY_AND_UNITY_OF_THE_LAW. Acesso em: 28.04.16.

⁴⁶ “No es necesario recordar que la igualdad es un elemento indisoluble del Estado Democrático de Derecho y, bien por eso, está fuertemente resaltado en la Constitución Federal, iluminando la comprensión, la aplicación y la construcción del ordenamiento jurídico. Dice el art. 5º, caput, de la CF que ‘todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza...’ Como es sabido, el tratamiento desigual es apenas permitido cuando es necesario para la realización de la propia igualdad, esto es, cuando existen factores que justifican e imponen el tratamiento desigual. No obstante, son rechazadas posibles discriminaciones gratuitas, no fundadas en elementos o criterios capaces de, lógicamente y substancialmente, imponer un trato desigual. Como es obvio, tanto el Estado cuanto los particulares están sometidos al principio de igualdad. El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial sufren la

(bizarra, mas perfeitamente possível) de que a mesma causa seja votada inicialmente com um critério e, posteriormente (por outro colegiado), com outro, porque os julgadores assim resolveram que era mais adequado.

Por fim, ainda que se acolha essa diferenciação proposta na forma de votação entre decisões que geram precedentes e decisões que se aplicam apenas ao caso que está sendo julgado, estaríamos enterrando o art. 939 do CPC/2015.

Não se discute que o sistema de votação separada de cada questão seja mais trabalhoso e mais difícil de ser aplicado em diversos casos; mas quem disse que o Direito é fenômeno simples ou que a dificuldade deve servir de empecilho à sua aplicação mais correta e isonômica? Basta imaginar quão esdrúxulo seria se, em vez de julgar de forma fundamentada as causas de grande complexidade, o STF simplesmente optasse por uma solução mais simples e menos trabalhosa.

E, para rechaçar os argumentos de impossibilidade desse tipo de implementação para garantir celeridade processual, esta não pode servir de barreira ao procedimento juridicamente correto, merecendo, ainda, lembrar a frase (que ouvi, em mais de um evento acadêmico, da Prof^a. Teresa Arruda Alvim para fulminar esses falsos empecilhos): “a demora no processo é uma questão de anos, e não de dias” (ou de horas no caso de julgamentos colegiados).

6. Insuficiência dos modelos *seriatim* e *per curiam* de colheita de votos

Como se sabe, há dois tradicionais métodos de votação por colegiados ao redor do mundo: *seriatim* e *per curiam*.

O primeiro consiste na “produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos ‘em série’ em um texto composto – aí está o significado do termo em latim *seriatim*”.⁴⁷

Dessa forma, após a exposição do relatório e do voto do relator, seguem-se os demais pronunciamentos dos outros componentes, que passam a se manifestar sobre o caso sem qualquer preocupação de que sejam delimitadas as questões controvertidas ou os fundamentos utilizados pelos julgadores que antecederam na deliberação.

Com efeito, não se exige qualquer uniformidade nos pronunciamentos individuais, que podem se manifestar sobre algumas, todas ou nenhuma das questões colocadas em debate, aplicando-se aqui todos os problemas apontados pela mecânica do “*case-by-case*”.

misma incidencia del principio. No obstante, si el administrador tiene su actividad estrictamente regulada por la igualdad y si el legislador ciertamente no puede editar leyes que procedan a desigualdades infundadas, el Poder Judicial, en el sistema brasileiro, se somete a la igualdad sólo en lo que dice respecto al tratamiento igualitario de las partes en el interior del proceso.” (Idem. El precedente en la dimensión de la igualdad. Disponível em: https://www.academia.edu/1595827/El_Precedente_en_la_Dimensio_n_de_la_Igualdad. Acesso em: 30.04.16.)

⁴⁷ VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Brasília-Alicante. Tese de doutorado apresentada à UnB, 2015, p. 115.

Da mesma forma, não há qualquer preocupação com a construção de um pronunciamento único ou da enunciação de uma *ratio decidendi*, o que torna esse, em minha opinião, o modelo mais aberrante e falho de deliberação colegiada,⁴⁸ sendo justamente o que se verifica no Brasil.⁴⁹

Já no método *per curiam*,

[i]ndependentemente do fato de a decisão ter sido tomada por unanimidade ou por maioria, ela deve ser publicada em formato de texto único, dotado de uma única estrutura argumentativa – relato do caso, fundamentos jurídicos, parte dispositiva –, a qual possa ser validamente considerada como a opinião do tribunal como um todo ou, em outros termos, como uma decisão *per curiam*,

que significa “pelo tribunal”.⁵⁰

Assim, após a deliberação do órgão, seu presidente designa um dos votantes para redigir o voto que expressa o entendimento prevalente (“*opinion*”),⁵¹ que desconsidera as divergências – de fundamentação ou de conclusão – sobre as questões ou sobre o caso discutido, se houver. Como esse modelo está bastante relacionado às cortes em que a deliberação é secreta,⁵² há muita discussão sobre a publicação dos votos em alguns lugares.⁵³

Importante destacar que, não obstante esse modelo indicar as reduzidas chances de uma decisão final absolutamente não consensual⁵⁴, não parece que seja também isento de problemas.

Afinal, ainda se nota que existem votos divergentes e simplesmente suprimi-los (ou torná-los secretos) não faz com que a deliberação seja de maior qualidade. Na verdade, é possível que os principais problemas existentes no método *seriatim* (e no “*case-by-case*”)

⁴⁸ Como já dito, deliberações com essas características são chamadas pela doutrina de “*judicial cripple*” (DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. *Judicial Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*, in: *Duke Law Journal*. vol. 59, 1974, p. 62.).

⁴⁹ VALE, André Rufino do. *Ibidem*, p. 116.

⁵⁰ *Idem*. *Ibidem*, p. 109.

⁵¹ Questão que não está livre de críticas: LAZARUS, Richard J. *Back to “Business” at the Supreme Court: The “Administrative Side” of Chief Justice Roberts*, in: *Harvard Law Review*, v. 129, nov-9, 2015, p. 33-71. Disponível em: http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2015/11/vol129_Lazarus.pdf. Acesso em: 2.08.17.

⁵² VALE, André Rufino do. *Ibidem*, p. 110.

⁵³ André Rufino do Vale aponta que na Alemanha e na Espanha, a publicação é a regra, enquanto nos EUA ela tem funcionado como exceção e sido bastante criticada. Na França e na Itália, não há divulgação dos votos divergentes: VALE, André Rufino do. *Ibidem*, p. 110-114 e 116-125. Apesar de não ser o objeto do presente trabalho, pelos fundamentos aqui expostos – de publicidade, de contraditório e de legitimidade pela deliberação – não tenho dúvidas em afirmar que qualquer deliberação secreta ou supressão da publicidade de votos divergentes não é compatível com um Estado Democrático de Direito.

⁵⁴ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, in: *California Law Review*. vol. 81, nº 1, 1993, p. 57. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1>. Acesso em 18.04.16.

também estejam presentes aqui; simplesmente não se sabe suas extensões, pois ficam mascaradas pela “*opinion of the court*”.

Portanto, verifica-se que nenhum dos dois modelos é suficientemente bom para resolver as questões colocadas no presente artigo. É preciso, assim, que as questões sejam colocadas para debate de forma isolada e na ordem correta, sem preterição.

A partir da deliberação sobre todas elas, será possível concluir tanto acerca de quais questões atingiram maioria (e em qual sentido), além de obter-se uma *ratio decidendi* (ou de concluir por sua inexistência) e um julgamento para o caso – tudo isso de forma acertada e democrática.

7. Conclusão

Diante dessas considerações, não se desconhece que o ótimo é inimigo do bom⁵⁵ e não se pretende aqui defender uma questão de “tudo ou nada” em relação à melhoria na técnica de julgamento.

Ainda que não se concorde com a conclusão exposta no presente trabalho, não se pode admitir que a forma de julgamento pelo Judiciário, quando se trata de colegiados, permaneça da forma atual, devendo ser urgentemente revista e adaptada, para que se realize uma votação de cada questão separadamente, exigindo-se convergência nos fundamentos.

Isso porque, atualmente, vivemos uma verdadeira ausência de regularidade, de previsibilidade e de isonomia em matérias de colocação de questões e de colheita de votos, o que gera uma flagrante insegurança jurídica, sendo flagrantemente contrário a um sistema de precedentes que um dia esperamos ver efetivamente implementado.

Ademais, merece ser lembrado que o Direito não pode ser aplicado de forma puramente consequencialista, dizimando direitos e garantias fundamentais, bem como que estes não podem ser ignorados quando o resultado simplesmente nos agrada, valendo lembrar que devem ser interpretados de forma a lhes conferir maior efetividade.

Levando em conta a verdadeira esquizofrenia nas votações colegiadas e um CPC (de 2015) que pretende conferir maior eficácia aos precedentes (*ratio decidendi* extraível para casos futuros),

[n]osso olhar dirige-se, neste momento, ao futuro. O restabelecimento do Estado de Direito, em sua plenitude, é preocupação constante e instantânea dos advogados brasileiros [e dos demais juristas]. A consecução de tal objetivo exige, sem dúvida, a reforma profunda das instituições sob que vivemos. Mas a nossa pregação não pode diluir-se em genéricas e vagas declarações de princípios. Somos convocados a contribuir com sugestões específicas e concretas para

⁵⁵ Aviso que tenho recebido constantemente do Prof. Alexandre Freitas Câmara.

a grande tarefa de reconstrução de uma ordem jurídica que atenda aos anseios do País. Incumbe a cada qual trazer o seu adminículo, modesto que seja, para dar forma visível e precisa ao ideal comum.⁵⁶

Com isso, "se o problema é praticamente importante, então compensa que a ele se volte de vez em quando, ténue que seja a esperança de vê-lo um dia bem resolvido. Ao menos nisto não se dirá que pecamos por omissão".⁵⁷

Referências bibliográficas

ABREU, Rafael Sirângelo. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: RT, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (Princípio do -), in: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org: TORRES, Ricardo Lobo et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito, in: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N°2, aprile-giugno, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *O Novo CPC e o princípio do contraditório*. Publicado em 17.04.15. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>. Acesso em: 18.04.16.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *O novo CPC e os Julgamentos Colegiados*. Publicado em: 08.07.15. Disponível em: <http://justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>. Acesso em: 18.04.16.

CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale*. Pádua, vol. III, 1939.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 94.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Que significa 'não conhecer' de um recurso? In: Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 143.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

DAVIS, John F. REYNOLDS, William L. Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *in: Duke Law Journal*. vol. 59, 1974.)

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2. 10ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. II.

FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo, *in: Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC, *in: Código de Processo Civil: novas reflexões e perspectivas – atualizado com a Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016*. Coord.: GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório, *in: GRECO, Leonardo. Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *in: California Law Review*. vol. 81, nº 1, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*. vol. I. 4ª ed. Milão, 1980.

LAZARUS, Richard J. *Back to "Business" at the Supreme Court: The "Administrative Side" of Chief Justice Roberts*, *in: Harvard Law Review*. vol. 129, nov. 9, 2015.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018, Dissertação de Mestrado em Direito Processual.

_____; ANTUNES, Maurício Rafael. Abrangência dos Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo CPC à Prescrição. *Revista da EMERJ*, vol. 20, nº 2. maio/ago. 2018. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_377.pdf. Acesso em: 13.08.18.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o Novo CPC*. Publicado em: 25.05.16. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-Atual-funcao-cortes-supremas-cpc#_ftn2. Acesso em: 18.04.16.

_____. *Culture, predictability and unity of the law*. Disponível em: https://www.academia.edu/8023452/CULTURE_PREDICTABILITY_AND_UNITY_OF_THE_LAW. Acesso em: 28.04.16.

_____. *El precedente en la dimensión de la igualdad*. Disponível em: https://www.academia.edu/1595827/El_Precedente_en_la_Dimensio_n_de_la_Igualdad. Acesso em: 30.04.16.

_____. *O Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, *in: Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo, *in: Temas de Direito Processual - segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir, *in: Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, *in: Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Que significa "não conhecer" de um recurso?, *in: Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. Questões de técnica de julgamento nos tribunais, *in: Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAUROIS, Louis de. La procédure de vote du tribunal collégial (demande unique, pluralité de questions à résoudre), *in: Mélanges dédiés à JEAN VINCENT*, Paris: Dalloz, 1981.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, *in: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, maio/jun. 2004.

_____. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, edição especial, 2008.

_____; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. p. 31, in: *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Org.: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; DELFINO, Lúcio. *Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 25.10.17.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Revista Forense, vol. 95, nº 346, 1999.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 51/52, 1999, p. 86-87. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>. Acesso em: 25.04.16.

_____. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 37, 1992.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. por Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1981.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo, vol. 34, nº 168, 2009.

_____; _____. BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Brasília-Alicante. Tese de doutorado apresentada à UnB, 2015.

Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹

Judicial duty to consider the practical consequences of the decision: interpreting art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law

Fredie Didier Jr.*

Rafael Alexandria de Oliveira**

Sumário

1. Introdução. 2. O propósito do art. 20 da LINDB. 3. Estrutura normativa. 3.1. Postulado hermenêutico. 3.2. Dever de motivação. 3.3. O art. 20 da LINDB e o art. 489 do CPC. 4. O dever de considerar as consequências práticas da decisão. 4.1. Introdução: o pragmatismo jurídico e seus riscos. 4.2. Conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. 5. Conclusão e balanço crítico. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo analisa o conteúdo normativo e dogmático do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que impõe ao juiz o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão quando baseada em valores jurídicos abstratos.

¹ Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

* Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Livre-docente pela USP. Professor associado da UFBA, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

** Mestre em Direito Público Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado/JusPodivm. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Abstract

This article analyzes the normative and dogmatic content of art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, which imposes on the judge the duty to consider the practical consequences of his decision when based on abstract legal values.

Palavras-chave: Decisão judicial. Princípios Normativos. Consequências práticas. Pragmatismo jurídico.

Key-words: *Judicial decision. Normative Principles. Practical consequences. Legal Pragmatism.*

1. Introdução

O art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, imputa ao órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle, como os tribunais de contas) o dever de observar “as consequências práticas” da sua decisão.

Eis o texto do dispositivo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A relevância do art. 20 da LINDB, conforme veremos, está em que ele deixa claro que o julgador, em determinado cenário, *deve* considerar as consequências da sua decisão e, mais do que isso, *deve* expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, entre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso.

É preciso identificar o propósito desse dispositivo, a sua estrutura normativa e o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão.

2. O propósito do art. 20 da LINDB

Carlos Ari Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/2018, destacava que se vive “hoje um ambiente de ‘gleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”².

De modo geral, as mudanças inseridas na LINDB pela referida lei buscaram “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”³. Convém lembrar que uma das faces da segurança jurídica diz respeito à cognoscibilidade do direito: o direito só serve de mecanismo de orientação se o destinatário consegue compreendê-lo; por essa razão, o direito deve ser inteligível e assim o é, entre outras coisas, por meio da determinação e da clareza das suas fontes normativas⁴.

O propósito do art. 20 da LINDB é garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas, já que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”⁵.

Como ressalta Fernando Leal:

[e]m um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação *pode* contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos *quantitativos*. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago.⁶

² SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

³ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 22.

⁴ É o que Humberto Ávila chama de “segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 334 e seguintes).

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225. O autor continua: “A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz” (*idem, ibidem*).

⁶ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

3. Estrutura normativa

O art. 20 é enunciado normativo inédito e de difícil compreensão. Ele incorpora termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a Teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão”.

Desse dispositivo, podem ser extraídas *duas normas*: um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivar as decisões.

3.1. Postulado hermenêutico

Postulado normativo é norma jurídica que regula a forma como as outras normas jurídicas devem ser aplicadas. Postulado hermenêutico é o postulado normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas⁷, como a lei, o contrato ou a decisão.

O *caput* do art. 20 da LINDB estabelece um postulado hermenêutico, uma diretriz interpretativa para o órgão julgador: ele deve considerar as *consequências práticas* da decisão a ser tomada⁸.

A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em “valores jurídicos abstratos”. Sucede que, no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em *normas*. A referência a “valores” é dogmaticamente sem sentido.

É preciso apurar, então, a que normas jurídicas esse dispositivo, valendo-se de expressão equivocada, se está referindo.

Pensamos que a expressão “valores jurídicos abstratos” é utilizada para designar os *princípios normativos menos densificados*, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto. Assim pensamos por três motivos.

Primeiro, porque, a considerar o motivo pelo qual o dispositivo foi inserido na LINDB – exigir maior esforço argumentativo do julgador, como forma de garantir a segurança jurídica pela melhora da qualidade da fundamentação –, é exatamente no campo dos princípios menos densificados que os fatores de preocupação e de insegurança se mostram mais presentes.

⁷ Sobre os postulados normativos: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 135-144.

⁸ Os Enunciados nºs 3 e 4 do II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação da AJUFE, Campinas, 2018, têm a seguinte redação: 3. “O Poder Judiciário deve deferir tutelas que restabeleçam a juridicidade violada com o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões”. 4. “O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios”.

Segundo, porque a diferença básica entre regras e princípios é que o princípio estabelece uma finalidade a ser alcançada sem necessariamente especificar a forma de alcançá-la, enquanto a regra determina a consequência (faculdade, obrigação ou proibição) da ocorrência, no plano fenomenológico, de certo fato ou conjunto de fatos.

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma. Se a regra estiver enunciada em termos vagos, cabe ao julgador, na fundamentação decisória, demonstrar que o caso concreto se amolda àqueles termos vagos (art. 489, §1º, II, CPC). Nada impede que ele faça um exame das consequências práticas da sua opção interpretativa, mas o art. 20 da LINDB não exige que assim o faça. Nada impede, também, que faça controle de constitucionalidade *in concreto* dessa regra e, se for o caso, deixe de aplicá-la; é possível, inclusive, pensar na ponderação entre regras, como aponta o art. 489, §2º, do CPC.

Segundo Alexy, para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra⁹, ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre “juízos concretos de dever-ser”, se ela não pode ser sanada com a inserção de uma “cláusula de exceção” em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada¹⁰.

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado¹¹. Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro¹² – caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

Humberto Ávila questiona essa diferenciação¹³. Ele entende que a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido

⁹ O que corresponderia à invalidez parcial dessa regra, diz SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e 93.

¹¹ Muito embora o autor admita que princípios possam ser absolutamente incompatíveis em abstrato, impondo-se um deles seja expurgado da ordem jurídica, por invalidez (ex.: segregação racial). Na verdade, a discussão em torno da invalidez determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão em concreto, no interior do ordenamento (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, cit.*, p. 110 e ss.).

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, cit.*, p. 93 e 94.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52 e ss.

superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, com as quais concordamos:

[a] ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso.¹⁴

O art. 489, §2º, do CPC trata justamente da possibilidade de ponderação entre regras.

Terceiro, porque exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com *qualquer* conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira.

É inconcebível pensar que, ao se deparar com conceitos indeterminados como “erro grosseiro”, “verdade”, “interesse público”, entre tantos outros, o julgador deve, obrigatoriamente, fazer um juízo preditivo das consequências práticas da sua opção por um ou por outro sentido. O pragmatismo prestigiado pelo art. 20 da LINDB também merece ser analisado sob esse viés consequencialista e pragmático. Lembremos que, de modo geral, para os conceitos vagos já existe a exigência de fundamentação de que trata o art. 489, §1º, II, do CPC.

Portanto, considerando que (a) o principal problema que o dispositivo quer resolver se encontra na aplicação acrítica e superficial de princípios normativos menos densificados; (b) as regras, ainda que vazadas em termos vagos, já prescrevem a consequência jurídica que delas se deve esperar; e (c) estender o pragmatismo do dispositivo a regras soa inconsequente, a ponto de pôr na berlinda a própria aplicabilidade do dispositivo, pensamos que o âmbito de aplicação próprio do art. 20 da LINDB são os casos em que a decisão se baseia num *princípio normativo menos densificado*.

Isso faz com que o art. 20 contenha uma possível redundância. Como constata Fernando Leal, “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 58-59.

estados de coisas a eles vinculados”¹⁵. Nesse aspecto, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam”¹⁶.

As referências a princípios como a dignidade da pessoa humana, a economicidade, a moralidade, a impessoalidade, a isonomia, a saúde e a tantos outros que existem por aí devem estar acompanhadas de um esforço argumentativo no sentido não apenas de demonstrar a conformação do conceito indeterminado com o caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC), mas também de avaliar as consequências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado.

Não basta, por exemplo, que o magistrado invoque o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema – que, muitas vezes, podem ser reproduzidas em tantos outros casos semelhantes –, para deferir a determinado paciente tratamento em hospital particular à custa do Estado ou para determinar o seu internamento imediato em hospital público sem respeitar os critérios de regulação. É preciso que o magistrado considere e trate expressamente das consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar no orçamento e na execução de outros projetos ligados à saúde ou quanto aos reflexos que pode gerar em relação a outros pacientes do sistema de saúde que aguardam, na fila da regulação, uma oportunidade de atendimento.

Ao se deparar com princípios normativos, o julgador deve (i) buscar os possíveis sentidos do texto e sopesá-los, considerando as consequências práticas decorrentes de cada um deles; e (ii) à luz das consequências possíveis, definir o sentido que será atribuído ao conceito indeterminado.

O art. 20 incide no momento da *valoração* dos sentidos do texto normativo de conteúdo aberto e no momento da *decisão*, ou da escolha, por um desses sentidos.

Para Carlos Ari Sundfeld:

[o] profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.¹⁷

Além disso,

¹⁵ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 27.

¹⁶ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 27-28.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

[a] simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos.¹⁸

O *caput* do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o *postulado hermenêutico do pragmatismo*, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto.

Esse postulado não se aplica apenas à decisão judicial. Ele também se aplica às decisões administrativas e às decisões tomadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas e as agências reguladoras.

Como ensinam Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis:

[é] assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle.¹⁹

O art. 20 da LINDB vem somar-se a um conjunto de normas jurídicas expressas no Código de Processo Civil, que disciplinam a interpretação das fontes e aplicação das normas no Direito brasileiro.

O CPC contém outros postulados relevantes para a interpretação das fontes e para a aplicação das normas, que são a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º²⁰), a coerência e a integridade (art. 926²¹), a ponderação e a boa-fé (art. 489, §§ 2º e 3º²²). Trata-se de uma verdadeira constelação de postulados hermenêuticos.

¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 23.

²⁰ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²² Art. 489. [...]

§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A eles se soma o postulado do pragmatismo.

3.2. Dever de motivação

O art. 20 vai além de ser um postulado hermenêutico. O dispositivo contém, no parágrafo único, regra que impõe ao julgador dever específico de motivação.

Não basta que o julgador considere as consequências práticas dos sentidos possíveis que podem ser atribuídos ao texto normativo de conteúdo aberto. Não é difícil encontrar casos, inclusive do STF, em que o consequencialismo protagoniza a tomada de decisão, revelando que esse juízo pragmático pode ser muito mais comum na atividade jurisdicional do que se pode pensar.

A relevância do art. 20 da LINDB está não apenas na parte em que ele *exige* que as consequências sejam consideradas como também na parte em que ele *exige* que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas.

É preciso, então, que o julgador esclareça quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e quais são as consequências práticas a que cada um desses sentidos pode levar; é preciso também que o julgador justifique a solução dada à luz da proporcionalidade (necessidade e adequação) e das possíveis alternativas decisórias. O parágrafo único do art. 20 determina que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 20 densifica a regra contida no art. 93, IX, da Constituição, segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Depois de apurar o princípio normativo que regula o caso e seus possíveis sentidos, e depois de considerar as consequências práticas decorrentes da adoção desses possíveis sentidos, cabe ao julgador adotar a solução que, em comparação com as outras soluções possíveis para o caso, demonstre ser a medida *necessária e adequada* – ou, em outras palavras, a medida mais proporcional. Isso vale para qualquer solução a que se chegue: imposição de prestação (fazer, não fazer ou pagar quantia), tutela declaratória ou tutela constitutiva (como a invalidação de ato jurídico, por exemplo).

Para anular um contrato de parceria público-privada de gestão de um hospital público, com base no princípio da economicidade, por exemplo, o juiz precisa avaliar as consequências dessa decisão e verificar se a solução dada ao caso é necessária e adequada se comparada, por exemplo, à revisão do contrato, com manutenção da parceria.

Observe que o inciso II do §1º do art. 489 do CPC já impõe que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados deve ser acompanhado de explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O que o art. 20 da LINDB faz é acrescentar mais uma regra específica de fundamentação decisória, ao exigir que a incidência do conceito jurídico indeterminado não apenas esteja demonstrada no caso concreto como também que fique claro que o julgador considerou as consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade.

3.3. O art. 20 da LINDB e o art. 489 do CPC

O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489)²³ – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC.

4. O dever de considerar as consequências práticas da decisão

4.1. Introdução: o pragmatismo jurídico e seus riscos

A menção do art. 20 às “consequências práticas da decisão” é marcante porque remete ao *pragmatismo jurídico*, teoria controversa que trata sobre a forma como deve o julgador decidir²⁴, e que pode ser entendido, objetivamente, como “qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”.²⁵

MacCormick rejeita o sistema de construção decisória puramente baseado em consequências, sob o fundamento de que ele exclui a possibilidade de justificação racional da decisão, já que o futuro é desconhecido e cadeias de consequências podem se desenvolver ao infinito. Mas ele tampouco entende plausível um sistema que não considere as consequências como fator relevante no processo decisório.

²³ Também enxergando essa aproximação entre os dois dispositivos, JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018, p. 35.

²⁴ Para ficar em apenas dois exemplos, temos, de um lado, Richard Posner, que se declara um juiz pragmático e é um dos principais teóricos do pragmatismo jurídico (POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*) e, de outro, Ronald Dworkin, que critica o pragmatismo de forma veemente, tachando-o como uma “concepção cética do direito”, porque nega o valor da coerência da decisão judicial com decisões tomadas no passado (pelo legislador ou por outros juizes) e se apoia apenas “na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Jeferson Luiz Camargo (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 119 e 185, respectivamente).

²⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*, pos. 5997-6003.

Sugere uma visão intermediária; para ele, alguns casos exigem que sejam consideradas as consequências como parte do processo decisório: são os casos problemáticos, assim entendidos aqueles capazes de ensejar interpretações distintas e que admitem respostas conflitantes, todas elas legalmente admissíveis.²⁶

Tal como ocorreu com a integridade e a coerência – conceitos que são fruto de construção doutrinária e que foram incorporadas no art. 926 do CPC como normas jurídicas –, o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o *status* de norma jurídica.

Do ponto de vista normativo, já vimos que o art. 20 da LINDB inseriu no sistema vigente o *postulado do pragmatismo*, por meio do qual o julgador tem o *dever* de considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão.

Isso confere à atividade decisória, de certa forma, um caráter *preditivo*: exige-se que o julgador antecipe os efeitos da decisão antes de tomá-la²⁷.

O risco desse tipo de atividade é que ela transforma a consequência prática no protagonista do processo decisório, permitindo, numa espécie de contramão lógica, que o sentido do texto normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador²⁸. Isso pode conferir ao magistrado uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão²⁹.

Como ensinam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal:

[o] juiz pragmático não se vê envolvido por qualquer dever de consistência com o passado. Quando os precedentes e as decisões

²⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *ebook Kindle*, pos. 2469-2492.

²⁷ Uma espécie de *decisão de segunda ordem*, como ensinam Cass R. Sunstein e Edna Ullmann-Margalit: “By second-order decisions we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance. [...] In law, for example, some judges favor a second-order decision in favor of rules, on the ground that rules promote predictability and minimize the burdens of subsequent decisions” (SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848> Acesso em: 27, dez 2018).

²⁸ “O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (p. ex., do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em ‘fontes de informação’ e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Helena Cortada. (Org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*, pos. 6377).

²⁹ Essa é, inclusive, a crítica que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, ob. cit., p. 185).

legislativas forem honrados por um magistrado pragmático na solução de um caso concreto, será única e exclusivamente como um meio para se atingir finalidades sociais relevantes.³⁰

Outro risco plausível é que as consequências consideradas pelo julgador não guardem relação com o caso concreto, ou guardem relação muito tênue e indireta.

4.2. Conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão

Para minimizar esses riscos e tentar chegar ao meio termo de que fala MacCormick, convém então estabelecer de modo objetivo qual o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. Vejamos:

a) Em primeiro lugar, a observância desse dever pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções.

b) Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis³¹. Isso seria, aliás, inviável e inconveniente. As consequências a serem consideradas são aquelas postas no debate judicial, sobre as quais tenha havido efetivo contraditório (arts. 9º e 10, CPC).

Portanto, assim como não é dado exigir do julgador um exercício de futurologia, tampouco se pode admitir que as partes fiquem alheias às consequências consideradas para a determinação de sentido do princípio normativo: tais consequências devem ser previamente discutidas com as partes.

c) A observância desse dever impõe ao julgador declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório que as demonstre. Afinal, “a viabilidade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado”³².

Como dissemos, o pragmatismo exige um juízo preditivo – embora colaborativo, porque dele participam os sujeitos parciais –, isto é, exige que o julgador faça prognósticos sobre o que *pode* acontecer. “Decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são, tipicamente, decisões sob incerteza subjetiva e, nesse

³⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187.

³¹ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, ebook Kindle, pos. 744.

³² LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 28.

terreno, é difícil que possam mover-se [...] para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica”³³.

É preciso exigir alguma racionalidade dessa tarefa preditiva para que ela possa ser minimamente controlável.

O primeiro passo, já o vimos, é submetê-la ao contraditório prévio.

O segundo passo é exigir que o julgador informe as prognoses feitas. Não basta que indique a consequência; é preciso que explique racionalmente o caminho que trilhou para chegar até ela. A publicização do raciocínio de causa e efeito é importante para evitar argumentos generalizantes do tipo: decidir que o locatário hipossuficiente tem direito a locar um imóvel residencial sem oferecer garantia implicará aumento generalizado do preço da locação residencial e, com isso, queda de oferta de imóveis a preços acessíveis, em prejuízo dos próprios locatários hipossuficientes. Trata-se de argumento facilmente generalizável³⁴.

O terceiro passo é exigir que as prognoses tenham fundamento no lastro probatório constante dos autos. As consequências que importam ao pragmatismo são as consequências reais, não as hipotéticas³⁵. Não há espaço para que o julgador cogite consequências que não estejam minimamente demonstradas nos autos como possíveis a partir daquele estado de fato. Pode adotar os meios atípicos de prova por amostragem ou de prova de probabilidade como forma de inferir que uma dada consequência é plausível, mas não pode prescindir de, ao menos, constatar os indícios a partir dos quais ela se revela.

d) A atribuição de sentido ao conceito indeterminado deve considerar o que já se construiu sobre o assunto. Não cabe ao julgador propor um sentido absolutamente inovador para determinado conceito vago e, a partir dele, extrair uma solução jurídica para o caso. A atividade interpretativa deve ser coerente com as decisões (legislação e precedentes) já tomadas e com o conhecimento já construído pela doutrina.³⁶ O

³³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6089.

³⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6067. Esse é o chamado argumento do efeito perverso: “O argumento dos efeitos perversos usa uma tática *condicionalmente* consequencialista. A sua graça consiste em assumir, ‘para fins de argumentação’, a ordem de preferências daquele contra quem o argumento se dirige e mostrar que a decisão por estes escolhida, em vez de promover a realização do estado de coisas desejado, resulta no seu *oposto*. Há, de fato, algo de perverso nessa conspiração da realidade para a produção de consequências contrárias às pretendidas, normalmente na melhor das intenções, com a decisão tomada” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6059-6067).

³⁵ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, ebook Kindle, pos. 116.

³⁶ Humberto Ávila trata da *determinação de sentido* como método predisposto pela segurança jurídica para controle semântico-argumentativo da atividade do intérprete: “O intérprete deverá reconstruir os sentidos mínimos das expressões utilizadas pela Constituição, com vistas a verificar se os termos utilizados não possuem conceitos que já foram objeto de processos argumentativos de objetivação. [...] Nesse sentido, a atividade interpretativa não é livre, pois parte de conceitos que já foram elevadamente determinados pelo uso argumentativo anterior, de tal sorte que a utilização de determinadas expressões indica um processo de incorporação conceitual do qual o intérprete não pode se afastar” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 341-343).

jugador não pode, por exemplo, criar um novo sentido para *dignidade da pessoa humana*, sem observar o que a tradição jurídica já produziu sobre o tema. Pode até propor um novo sentido, mas não pode deixar de dialogar com a tradição.

Não se pode chegar a uma decisão que atenda ao pragmatismo, mas que seja incoerente. A coerência e a integridade conferem *consistência* ao sistema jurídico³⁷, e a consistência é, também ela, um postulado que objetiva resguardar a segurança jurídica³⁸.

e) A observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito. O postulado do pragmatismo não se sobrepõe³⁹ aos outros postulados previstos no CPC – a saber: razoabilidade, proporcionalidade, integridade, coerência, ponderação e boa-fé. Eles *convivem* e não é possível que a aplicação de um afaste completamente o outro.

O pragmatismo, portanto, está limitado, entre outras coisas, pela integridade, que assegura unidade ao Direito. O julgador *não é livre* para construir uma solução de acordo com o que reputar ser a consequência mais apropriada ao caso; a solução do caso deve estar *necessariamente dentro* do Direito, isto é, não pode violar norma jurídica. O juiz não pode, por exemplo, invocando o princípio da força obrigatória dos contratos, impor que um dos contratantes devolva ao outro a quantia que dele recebeu como pagamento para que cometesse ato ilícito (art. 883, Código Civil) – ainda que a devolução da quantia seja a melhor consequência possível para o caso concreto⁴⁰.

f) A observância desse dever não se pode dar à custa de uma postergação excessiva da solução para o caso concreto.

Como afirmam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal:

[a]s estratégias pragmáticas comprometidas com a escolha das alternativas de decisão que promovem sempre as melhores consequências implicam maiores custos de decisão e, *a fortiori*, também de erro, que posturas menos ambiciosas. Esse é um impacto sistêmico que não deve ser descartado⁴¹.

³⁷ Isso parece ser capaz de arrefecer as críticas que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.

³⁹ No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018, p. 38.

⁴⁰ O parágrafo único do art. 883 do Código Civil permite que o valor pago reverta “em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

⁴¹ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. *In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 201. Os autores alertam que a referência aos “custos” da decisão não se restringe ao aspecto econômico-financeiro; ela abrange todo tipo de dificuldade, inclusive a postergação temporal do processo (*Idem*, p. 200-201).

É preciso, então, “considerar as consequências relacionadas à busca pelas melhores consequências”, uma vez que “nem sempre as melhores consequências podem ser diretamente alcançadas”.⁴²

A razoável duração do processo é finalidade tutelada pelo texto constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF). O processo não pode ter o seu curso natural afetado pela busca desmedida de possíveis consequências das também possíveis soluções para o caso. Não havendo provas ou indícios a partir dos quais possa o julgador inferir determinadas consequências, cabe a ele julgar conforme as regras sobre ônus da prova.

g) A observância desse dever impõe a declinação dos critérios utilizados para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas⁴³.

Uma vez constatadas, a partir da prova dos autos, as consequências que podem ser extraídas das possíveis soluções para o problema jurídico, é preciso avaliar qual dessas consequências deve ser eleita como a melhor. Sucede que isso exige uma discussão anterior: a de saber *qual o critério* que deve presidir a escolha da consequência⁴⁴.

O parágrafo único do art. 20 diz que a escolha entre as medidas possíveis deve ser feita segundo o critério da proporcionalidade. Richard Posner afirma que o critério último do pragmatismo é a razoabilidade⁴⁵. O julgador deve esclarecer qual o critério adotado no trabalho de consideração das consequências⁴⁶, deixando claro o que o leva a optar por promover uma e evitar outra.

h) Por fim, a inobservância do dever de considerar as consequências práticas implica a nulidade da decisão por falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF e dos arts. 11 e 489, §1º, do CPC. É a ausência ou a deficiência da fundamentação que revela o descumprimento.

Observe que não há como controlar o atendimento ao postulado inserido no *caput* do art. 20 da LINDB senão pela análise da fundamentação da decisão. É irrelevante que o julgador tenha considerado *intimamente* as consequências práticas

⁴² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 200.

⁴³ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: *Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 29. Essa também é a preocupação de José Vicente Santos de Mendonça (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 33).

⁴⁴ A verdade é que, “não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira” (LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: *Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 28-29).

⁴⁵ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, ebook Kindle, pos. 744. Diz o autor: “There is no algorithm for striking the right balance between rule-of-law and case-specific consequences [...]. In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered” (*idem*, pos. 803).

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, ebook Kindle, pos. 2699-2760.

das soluções para o problema jurídico, se essa análise não tiver sido explicitada na fundamentação do pronunciamento.

É por meio da fundamentação que se pode controlar a sua atividade e a ausência ou deficiência na fundamentação pode ensejar a oposição de embargos de declaração (art. 1.022, II, par. ún., II, CPC) e a anulação da decisão não ou mal fundamentada.

5. Conclusão e balanço crítico

É preciso interpretar o art. 20 da LINDB de modo a dar-lhe utilidade e torná-lo apto a produzir normas em conformidade com a Constituição Federal. A sua adequada compreensão é fundamental para a também adequada construção dogmática desse conjunto de normas de aplicação de outras normas jurídicas (conjunto de metanormas).

O propósito desse art. 20 é nobre, mas não deixa de ser curioso que ele pretenda coibir o uso retórico de normas mais abstratas e assim o faça pelo uso de termos também muito abstratos⁴⁷, como “valores jurídicos abstratos”, “consequências práticas”, “necessidade e a adequação da medida” e “possíveis alternativas”.

Pior do que isso, o dispositivo confere *status* normativo à concepção teórica – o pragmatismo jurídico – sem que haja uma tradição doutrinária que ilumine a sua compreensão ou jurisprudência que a concretize. O consenso será construído a partir de agora.

Não bastassem essas dificuldades, ainda existem problemas estruturais – como, entre muitas outras coisas, a agenda de trabalho dos julgadores, que impõe restrições de tempo e de material para que decidam casos mais complexos⁴⁸ –, que podem servir de obstáculo à plena aplicação do dispositivo, assentada em padrões mínimos de racionalidade e voltada ao efetivo incremento de qualidade da atividade jurisdicional.

Tudo isso faz surgir o risco de o art. 20 funcionar, ao menos por ora, como *fonte de insegurança*, o que não deixa de ser um *paradoxo normativo*.

José Vicente Santos de Mendonça projeta três futuros possíveis para o art. 20 – na verdade, diz ele, *dois futuros e meio*, porque o terceiro fica a meio caminho entre o primeiro e o segundo⁴⁹: a) o primeiro, menos provável, é o futuro em que o art. 20 será plenamente aplicado e as autoridades julgadoras observarão detidamente os seus termos; b) o segundo, mais provável, é o futuro em que o art. 20 será insinceramente cumprido, apenas com mudança da “gramática da decisão”, para incorporar uma “retórica de consequências”; c) o terceiro, um meio caminho, de mudança paulatina de cultura, em que, pelo art. 20, “o juiz que buscar ‘consequências práticas’ para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constringido por uma nova gramática”.

⁴⁷ Essa é também a crítica feita por Edilson Vitorelli, em palestra sobre o tema (Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=61x6K67OufI&feature=youtu.be>>. Acesso em: 27, dez 2018).

⁴⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, ob. cit., pos. 6112.

⁴⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.); LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34.

Ainda assim, o dispositivo não parece ser inconstitucional e, bem aplicado, sobretudo a partir da sua combinação com outros postulados hermenêuticos, pode ser bom e interessante. Se realmente contribuir para a mudança de cultura no trato dos princípios normativos, já terá cumprido bem o seu propósito.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Jeferson Luiz Camargo (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *ebook Kindle*.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *ebook Kindle*.

SCHUARTZ, Luis Fernando. BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.); MACEDO JR, Ronaldo Porto. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *ebook Kindle*.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848>. Acesso em: 27, dez. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos¹

Janaina Matida*

Rachel Herdy**

*"The law is up to its neck in epistemology"*²

Sumário

1. Questões preliminares: sobre a epistemologia aplicada aos tribunais. 2. Inferências probatórias e silogismo jurídico. 3. Tipologia das inferências probatórias. 4. Inferências probatórias epistêmicas. 5. Inferências probatórias normativas. 5.1. As regras de presunção. 5.2. As regras de ônus da prova. 6. Inferências probatórias interpretativas. 7. Conclusão. Referências.

1. Questões preliminares: sobre a epistemologia aplicada aos tribunais

Os teóricos do Direito em geral, sobretudo da tradição continental, têm frequentemente encarado a disciplina "Epistemologia Jurídica" como o estudo de questões relativas à produção do conhecimento na área do Direito. A Epistemologia Jurídica seria uma espécie de teorização metodológica cujo objeto de investigação é a própria teoria jurídica. É nesse sentido que o verbete é definido no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito* (1999) e foi nessa linha que Warat (2004) popularizou entre nós a disciplina.

Contudo, estudos recentes têm atribuído outro sentido à expressão. "Epistemologia Jurídica" tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. Nessa segunda acepção, a Epistemologia Jurídica reflete preocupações com o conhecimento dos fatos e não do direito. Não se trata de problematizar a produção do conhecimento jurídico. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige

¹ Este artigo é uma reprodução do texto original publicado como capítulo do livro *Epistemologias críticas do direito*, organizado por José Ricardo Cunha (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 209-237). Agradecemos ao Professor José Ricardo pela cessão dos direitos autorais.

* Doutora em Direito pela *Universitat de Girona* (UdG), com estágio doutoral na University of Virginia School of Law (UVA Law) e na Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile (UACH). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professora Convidada da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

** Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio doutoral na University of Miami School of Law (UM Law School). Professora do Programa de Pós-Graduação em Teorias Jurídicas Contemporâneas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ).

² Susan Haack.

uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual. Essa forma de entender a Epistemologia Jurídica requer um retorno à Epistemologia Tradicional enquanto disciplina filosófica. Enquanto os epistemólogos em geral ocupam-se da justificação de uma proposição fática p , os epistemólogos jurídicos ocupam-se da justificação de uma proposição p quando esta é uma informação relevante para a decisão judicial. Concretamente, a Epistemologia Jurídica é um tipo de Epistemologia Aplicada – um estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade³.

As especificidades do contexto jurídico não são suficientes para afastar a utilidade das reflexões oriundas da Epistemologia, mas evidentemente tornam certos ajustes necessários. O propósito do processo judicial não é formular crenças verdadeiras, mas colocar um ponto final num conflito de interesses (Haack, 2014)⁴. Diferentemente do que acontece em um laboratório, alcançar a verdade no tribunal é um meio e não um fim. No processo judicial, não há espaço para o protagonismo do “conhecimento em estado puro” (Taruffo, 1992). O julgador precisa determinar os fatos de um caso em conformidade com certas preferências institucionais. Não se trata de um exercício cognitivo livre, tampouco de uma curiosidade teórica acerca de como se apresenta a realidade do mundo. Trata-se de uma tomada de decisão exigida quando todos os ritos processuais foram cumpridos. Um relatório produzido no contexto científico pode concluir que as evidências não são suficientes para dizer seja que p , seja que não p e que, portanto, será necessário despender mais tempo e investimento na pesquisa. No contexto judicial, a suspensão do juízo não é permitida. Há um momento em que o julgador tem de colocar um ponto final sobre se p ou se não p , de modo a assumir o risco de que esteja considerando verdadeira uma proposição fática que pode ser objetivamente falsa. Há casos, inclusive, em que o julgador considera verdadeira uma proposição fática que acredita ser falsa: quando presume que o acusado é inocente, por insuficiência probatória, embora esteja convencido de que ele cometeu o crime⁵. Certamente importa saber se o acusado de

³ A Epistemologia Tradicional, um ramo da Filosofia, está preocupada com o conhecimento proposicional (*know-that*). Podemos citar como exemplos as seguintes proposições: “Existe um Deus”; “o Brasil é um país com alta taxa de encarceramento”; e “o mordomo José é responsável pela morte de Luís”. Costuma-se contrapor o conhecimento proposicional a outro tipo de conhecimento que em inglês recebe o nome de *know-how* (v. Ryle, 1949). Seria um conhecimento por aptidão, como saber andar de bicicleta ou fritar um ovo. A distinção é às vezes colocada em termos da divisão clássica na Filosofia Antiga entre *epistêmê* e *technê* (arte). Essa é uma nota introdutória importante. O conceito de “proposição” é caracterizado por possuir valor de verdade; e a veracidade, ou não, de uma proposição fática dependerá das evidências e dos modos de justificação – o que no Direito chamamos de “provas” e “motivação”, respectivamente.

⁴ A ideia de verdade jurídica pode ser relacionada às proposições normativas particulares sobre sistemas jurídicos. Nesse sentido, as verdades jurídicas diferem das verdades naturais, por exemplo, em virtude do seu caráter ontológico e de seu alcance relativo – as verdades jurídicas só existem enquanto tais em razão do que os homens (ou os arquitetos do sistema) querem e fazem (Tese Positivista da Fonte Social), e a sua veracidade refere-se a determinado local e tempo (Haack, 2014, p. 312).

⁵ A existência de um *standard* de prova que seja exigente (como o além de toda dúvida razoável) faz com que por vezes o juiz que racionalmente ampare seu convencimento no conjunto probatório veja-se obrigado a absolver o acusado. Poderia haver provas suficientes para satisfazer um *standard* de prova prevalecente (condenando-o), mas pode ser que não haja provas para satisfazer um *standard* mais elevado; nessa situação, a inocência é a única proposição fática justificada para seu raciocínio decisório.

um crime foi realmente quem o cometeu, contudo, o objetivo de um processo não é *descobrir* a verdade, mas *determinar* se a proposição fática oferecida foi provada de acordo com algum critério de suficiência (*standard* probatório) e em conformidade com eventuais regras probatórias⁶.

O reconhecimento de que o processo judicial pode fundar-se em determinações fáticas que finalmente não correspondam à realidade objetiva não significa abraçar uma postura cética ou desiludida quanto à relação entre direito e verdade⁷. É precisamente esse o labor do epistemólogo jurídico: ora se ocupa de *descrever* as regras e práticas jurídicas que promovem e/ou frustram a busca pela verdade, ora, de *prescrever* a sua modificação de forma a diminuir a distância entre o direito e a realidade externa. Refletir sobre a diminuição dos erros judiciais na determinação fática não é outra coisa senão assumir uma postura séria em relação à verdade (Laudan, 2006). É o que se tem em mente ao se afirmar que a verdade desempenha o papel de um ideal regulativo no direito: nem sempre possível, mas sempre desejado.

No presente capítulo, ocupar-nos-emos deste segundo sentido de Epistemologia Jurídica. Este tipo de estudo epistemológico tem sido desenvolvido nas duas últimas décadas pela teoria jurídica contemporânea anglo-saxônica e ibero-americana⁸. As disciplinas de caráter processual, nessas duas tradições jurídicas, enfocavam o problema da determinação dos fatos no direito a partir de uma perspectiva formal e dogmática. O que os epistemólogos do direito oferecem é uma abordagem teórica crítica do problema probatório, na medida em que a determinação dos fatos no contexto jurídico passa a ser vista como uma questão maior referente à racionalidade das decisões judiciais. Não são apenas as questões de interpretação jurídica que merecem atenção por parte dos teóricos da argumentação.

Recentemente, epistemólogos gerais e filósofos da ciência juntaram-se aos teóricos da argumentação jurídica⁹. Esses estudiosos perceberam que o tribunal é um ambiente profícuo para a aplicação de suas investigações. E não só: estudos científicos avançados, nos campos da psicologia forense e da estatística, contribuem hoje para uma compreensão multidisciplinar, mais bem informada, do processo de cognição no direito¹⁰. A Epistemologia Jurídica, portanto, no sentido que aqui apresentamos, é uma área multidisciplinar, cujas conclusões impactam a nossa compreensão sobre a relação entre as instituições jurídicas e o mundo externo.

⁶ “Determinar” tem um sentido menos rígido do que “descobrir” e por isso parece refletir melhor o caráter peculiar das alegações fáticas no direito (v. Haack, 2014, p. 306).

⁷ Para uma crítica às posturas radicais dos céticos, cínicos e relativistas em relação à verdade, ver Haack (2003; 2011) e Taruffo (2012).

⁸ A literatura que se construiu nas duas últimas décadas aproximadamente é vasta e dispersa em livros e artigos científicos. Mencionamos, apenas pontualmente, como representantes da tradição saxônica, os trabalhos de Damaska (1991), Twining (1990), Allen (1994), Schauer (2003) e Pardo (2005). Tais autores, em maior ou menor medida, foram inspirados pelos clássicos de Bentham (1827), Thayer (1898) e Wigmore (1907). Do lado continental, essa preocupação epistemológica foi introduzida por Taruffo (1992) e, nos anos que se seguiram, ampliada por ele e outros teóricos, como Mendonça (1998), Aguiló Regla (1999), Gascón Abellán (2004), Ferrer Beltrán (2005; 2007) e González Lagier (2013; 2014).

⁹ Goldman (1999), Haack (2003) e Laudan (2006).

¹⁰ V., por exemplo, Loftus e Ketcham (1994) e Cutler (2012).

No presente capítulo, apresentaremos uma análise específica sobre os distintos tipos de inferência probatória que podem ser identificadas no raciocínio judicial. As considerações que se seguem avançam os desenvolvimentos recentes de González Lagier (2013; 2014), os quais partem dos estudos de Toulmin (1958). Pretendemos argumentar que a decisão judicial envolve diferentes tipos de inferência probatória nem sempre compreendidas com a busca pela verdade. Identificar os momentos em que o direito opta por se descolar da realidade parece ser uma importante tarefa para os estudiosos da Epistemologia Jurídica.

2. Inferências probatórias e silogismo jurídico

A inferência probatória é o raciocínio utilizado pelo tomador de decisão judicial para justificar a determinação de uma questão de fato no tribunal. Uma inferência (probatória ou não) é formada por um conjunto de proposições, chamadas de premissas, que são oferecidas como razões para dar suporte a uma conclusão¹¹. No caso das inferências probatórias, as proposições que dão suporte à conclusão referem-se às informações probatórias disponíveis no processo; por outro lado, a conclusão constitui a hipótese fática a ser assumida como premissa na inferência judicial maior que justificará a decisão final¹².

Antes de ingressarmos na análise do conceito de inferência probatória, convém tecer algumas considerações técnicas sobre o modo como a inferência probatória relaciona-se com a estrutura silogística do raciocínio judicial. A premissa sobre os fatos da inferência judicial maior será formada pela conclusão de uma cadeia de inferências probatórias. Isso quer dizer que a inferência probatória é um tipo de subargumento, pois a sua conclusão será um componente da inferência judicial maior que colocará fim a um processo judicial.

Ao contrário do que é repetidamente dito nas faculdades de Direito, o silogismo – isto é, a inferência dedutiva¹³ – possui um papel estruturante no raciocínio do tomador de decisão. É claro que dizer isso não implica reduzir o raciocínio do juiz a um simples esquema dedutivo. Tal afirmação seria falsa do ponto de vista descritivo, pois os juízes não argumentam explicitamente desse modo, bem como do ponto de vista lógico, pois sabemos que grande parte das informações obtidas no processo judicial é alcançada por meio de inferências cujas conclusões não são necessárias. Basta pensarmos no papel dos raciocínios analógicos¹⁴. O ponto aqui é que a decisão

¹¹ Utilizaremos os termos “inferência”, “raciocínio” e “argumento” como sinônimos.

¹² A “inferência judicial maior” nada mais é do que o silogismo jurídico, isto é, o encaixe da premissa fática à premissa normativa de certo sistema jurídico.

¹³ Por dedução, queremos dizer um tipo de inferência cuja ligação entre as premissas e a conclusão se dá de forma necessária. As inferências dedutivas são *válidas*; e, nesse ponto, diferem das inferências não dedutivas (e.g., indução, abdução, analogia), que podem ser fortes/cogentes, ou não. Sobre o papel do silogismo na justificação da decisão judicial, ver MacCormick (1978) e Wróblewski (1992).

¹⁴ A analogia representa o desafio de determinar quais aspectos – quais similaridades – devem ser levados em conta para aproximar o caso da área de incidência de uma regra *r1* em detrimento de aproximá-lo à área de incidência de uma regra *r2*.

judicial pode ser teoricamente reconstruída como um esquema dedutivo porque uma característica importante do Estado de Direito é a existência de normas nas quais os indivíduos podem fundamentar suas alegações ou demandas judiciais (MacCormick, 2005). O princípio da legalidade requer a existência de normas prévias e a aplicação de tais normas, por sua vez, requer a interpretação de textos ou outras fontes do direito e a verificação de alegações sobre fatos específicos que instanciam as categorias de fato genericamente enunciadas¹⁵.

Uma vez que as normas expressam o uso de termos universais – “sempre que *FO* [Fato Operativo], então *CN* [Consequência Normativa]” –, a sua aplicação terá de encontrar fatos particulares *f* que possam ser categorizados como instâncias de “*FO*”¹⁶. A condição fática representa uma categoria geral cuja aplicação exigirá a indicação de uma instância particular. Pode ser que a premissa fática a ser provada seja concernente ao mundo normativo, mas isso não é razão para descaracterizar sua natureza fática. O fato de que a pena de morte é permitida no direito estrangeiro pode ser objeto de prova e a sua veracidade não dependerá do que possamos desejar a respeito da pena de morte. Embora as decisões judiciais não sigam explicitamente esse modelo canônico, elas podem ser assim reconstruídas:

Se *FO*, então *CN*

f foi determinado

f é uma instância de *FO*

Logo, *CN*

No esquema acima, temos uma premissa maior, constituída pela norma; uma premissa menor, constituída por uma alegação fática; e uma terceira premissa, que parece situar-se na fronteira das duas premissas anteriores. Uma coisa é formular a norma do sistema jurídico – uma operação interpretativa por excelência. Outra coisa é determinar que um fato particular *f* ocorreu (com base em provas produzidas). Para além dessas duas operações, será preciso dizer também que o fato particular *f* pode ser subsumido ou qualificado sob a categoria *FO* (com base em interpretações tanto a respeito do particular *f* como da categoria *FO*). São exemplos, respectivamente: “Se

¹⁵ Não descuidamos da análise realista que distingue a *interpretação* do texto normativo da *aplicação* da norma jurídica. Essa distinção, formulada por Tarello (1974) e trabalhada por Guastini (2005), resulta do reconhecimento de que a norma é fruto de um processo criativo de interpretação, que consiste em atribuir significado a um texto normativo. Este último, por sua vez, pertence ao discurso das fontes.

¹⁶ Pode parecer que estamos cogitando apenas a aplicação de regras, que possuem linguagem precisa. Não temos aqui qualquer pretensão de distinguir regras e princípios, tampouco de sugerir que somente uma decisão baseada em regras assumiria a estrutura silogística. Os princípios poderiam perfeitamente figurar como premissa normativa, assumindo a forma condicional. A diferença residiria apenas no grau de precisão da linguagem e, portanto, no nível de discricionariedade do julgador. Ao invés de uma premissa normativa do tipo: “Se um indivíduo subtrair bem móvel alheio mediante o uso da força, então ele será condenado a dez anos de prisão em regime fechado”, a premissa seria algo do tipo: “Se a dignidade da pessoa humana for violada, então a medida é inconstitucional”.

alguém matar um ser humano, então deverá ser condenado a uma pena privativa de liberdade”; “*a* intencionalmente matou *b*”; e “*b* (feto) pode ser categorizado como uma instância de *B* (ser humano)”. Essa última premissa, que constitui a categorização do fato, implica um compromisso com certa interpretação do mundo. Voltaremos a esse ponto.

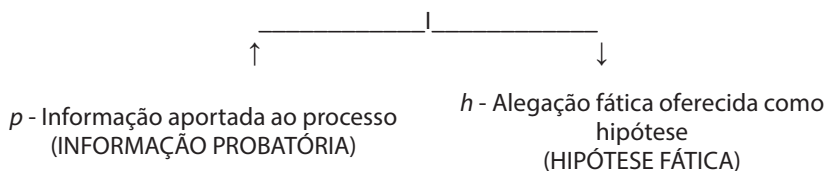
O que importa sublinhar neste momento é a ideia de que a inferência probatória está relacionada ao raciocínio específico voltado para a determinação da premissa fática particular, qual seja, “*a* intencionalmente matou *b*”. As inferências probatórias, portanto, ainda que possam envolver aspectos normativos e interpretativos, como veremos, não se confundem com as inferências normativas *per se*¹⁷, isto é, aquelas cuja conclusão consistirá na premissa maior do esquema silogístico que fundamentará a decisão judicial final¹⁸.

3. Tipologia das inferências probatórias

As inferências probatórias compõem-se de três elementos (González Lagier, 2007): a hipótese fática sugerida para dar conta de certos fatos ou eventos (*h*); as informações ou os meios de prova que dão suporte a tal hipótese (*p*); e a ligação que existe entre esses dois elementos (*g*). A ligação funciona como uma *garantia* (*warrant*) que nos permite percorrer o caminho lógico das informações probatórias à hipótese fática. A garantia assume a forma de uma proposição, frequentemente implícita e de caráter geral, que enuncia um princípio, uma regra ou uma cadeia de raciocínio (Toulmin, 1958, p. 91). A garantia distingue-se das informações probatórias e da hipótese, atuando como uma ponte que autoriza o julgador a dar o passo inferencial das primeiras à segunda. No esquema diagramado abaixo, a garantia *g* é formada pela proposição geral que permite inferir a hipótese fática *h* da informação probatória *p*¹⁹:

Quadro 1: As inferências probatórias

Proposição que justifica inferir *H* a partir de *P*
(GARANTIA)



¹⁷ Não confundir as inferências normativas *per se* com as inferências probatórias normativas (ver adiante).

¹⁸ Não vamos discutir o caráter indutivo ou abduutivo das inferências probatórias. Para essa discussão, remetemos o leitor aos textos de Giovanni Tuzet (2014); e Fábio Shecaira e Noel Struchiner (2016).

¹⁹ Nosso esquema é uma adaptação daquele oferecido por González Lagier (2013, p. 40), o qual é formulado a partir das propostas de Toulmin (1958).

As inferências probatórias podem ser classificadas de acordo com o tipo de fundamento (*backing*) da garantia. Por detrás da proposição geral que oferecemos como garantia da inferência (probatória ou não), encontram-se outras proposições sem as quais não seria logicamente possível percorrer o caminho de *p* a *h*. A pergunta é: Por que, em geral, devemos aceitar essa proposição que aparece como a garantia da inferência?

O fundamento pode consistir em uma regra da experiência, uma regra jurídica ou uma regra conceitual²⁰. Quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra da experiência, temos um tipo de inferência probatória *epistêmica*. Esse tipo de inferência encontra seu fundamento numa regra que afirma uma associação mais ou menos regular entre fatos: “Frequentemente, quando P ocorre, H ocorre também” ou “Na maior parte das vezes em que P ocorre, H também ocorre”. Um segundo tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra jurídica. São as inferências probatórias *normativas*. Sobre elas, é preciso atentar para o fato de que o seu fundamento tanto pode ser uma associação entre fatos mais ou menos regular quanto uma preferência que tenha sido institucionalizada. Em ambos os casos, estamos diante de uma preferência do arquiteto institucional e, por isso, está justificado classificar tais inferências como normativas. Finalmente, um terceiro tipo de inferência probatória ocorre quando a garantia que conecta as informações probatórias e a hipótese fática está fundada numa regra de natureza conceitual. São as inferências probatórias *interpretativas*. O seu fundamento remete às definições e aos conceitos que empregamos para nos relacionarmos com o mundo. Importa saber quais são as condições de correção dos conceitos que se mostram relevantes para o direito.

Quadro 2: Os fundamentos da garantia

Regra da experiência (FUNDAMENTO EPISTÊMICO)	Regra jurídica (FUNDAMENTO NORMATIVO)	Regra conceitual (FUNDAMENTO CONCEITUAL)
Proposição que justifica inferir <i>H</i> a partir de <i>P</i> (GARANTIA)		

A partir dos distintos fundamentos acima, podemos compreender também as diversas finalidades das inferências probatórias no direito. A finalidade das inferências probatórias epistêmicas é fazer com que a determinação dos fatos no

²⁰ Como aponta Toulmin (1958, p. 96), o fundamento é por si só variável, pois depende da área na qual o argumento é utilizado (*field-dependent*). A maneira como estabelecemos nossas proposições de garantia variam se estamos no campo da matemática, da física, da moral ou do direito. O ponto é que, no direito, em especial, para além da variação que Toulmin aponta, parece haver uma variação interna à sua área, pois nem todos os fundamentos da inferência probatória são estabelecidos com base nas mesmas razões.

tribunal corresponda à realidade externa, aproximando-se da verdade. Já as inferências probatórias normativas possuem duas finalidades alternativas: aproximar os fatos determinados judicialmente da realidade externa, cristalizando regras da experiência, ou tolerar certo distanciamento da realidade externa em defesa de algum valor – moral, político ou de outro tipo – preferido pelo legislador. Por fim, a discussão sobre a finalidade das inferências probatórias interpretativas dependerá da função que atribuímos aos distintos conceitos que empregamos. Podemos querer descrever e ordenar os fatos e eventos do mundo, mas pode ser que nossos fins sejam outros. O direito pode – e de fato frequentemente quer – inaugurar uma nova realidade conceitual.

Até agora, distinguimos três tipos de inferência probatória tendo como critérios seus respectivos fundamentos e finalidades. Há, contudo, outro aspecto relevante que merece ser considerado. A força, ao lado do fundamento e da finalidade, é um elemento que contribui para manter dissociados os tipos de inferência probatória utilizados no raciocínio judicial. Por “força”, entendemos a capacidade de resistência que cada tipo de inferência apresenta, de modo a evitar a sua substituição, refutação ou derrota. A força de uma inferência probatória epistêmica reside na cogência do argumento indutivo sobre o qual repousa a regra da experiência²¹. Uma lei natural, objeto do conhecimento científico, empresta força maior ao argumento indutivo quando comparada com uma regra da experiência baseada em generalizações espúrias, apressadas. Exemplo: “As mulheres são intelectualmente menos capazes do que os homens”²². Por sua vez, a força de uma inferência probatória normativa está na autoridade da regra jurídica que conecta as informações probatórias à hipótese fática. O direito predetermina o significado de certas informações probatórias. A atividade probatória é restringida por critérios jurídicos, de modo que não está ao alcance do julgador revisar a associação fática estabelecida pelo legislador. Pouco importa se a regra jurídica possui base empírica ou institucional. Aliás, é precisamente o aspecto da força que serve para demarcar a diferença entre uma inferência probatória epistêmica e uma inferência probatória normativa cujo fundamento seja empírico. Embora os fundamentos e as finalidades desses dois tipos de inferência probatória possam coincidir, elas diferem quanto ao aspecto da força, pois a inferência probatória epistêmica não tem a sua força dada pela autoridade. Por fim, quanto às inferências probatórias interpretativas, sua força dependerá do exame de questões relacionadas à sua finalidade e origem. Voltaremos a cada um desses pontos nos próximos tópicos.

O quadro abaixo compara resumidamente as ideias que acabamos de apresentar²³:

²¹ Um argumento “cogente” é um argumento “forte”, para o qual temos “boas razões” (Trudy Govier, 2010, p. 114). Optamos por substituir a expressão “argumento sólido”, proposta por González Lagier, por “cogente” para evitar confusão com o conceito técnico de argumento sólido (*sound argument*), o qual está associado a um tipo de inferência válida com premissas verdadeiras.

²² V. Haack (2011, p. 204).

²³ Este quadro é uma adaptação daquele oferecido por González Lagier (2014).

Quadro 3: Quadro comparativo das inferências probatórias				
Tipo	Garantia	Fundamento	Finalidade	Força
Epistêmica	Proposição que estabelece uma associação entre fatos	Regra da experiência	Aproximação da verdade	Cogência do argumento indutivo que dá suporte à regra da experiência
Normativa	Proposição que prescreve uma associação entre fatos	Regra jurídica	Aproximação da verdade	Caráter autoritativo do direito
	Proposição que prescreve uma preferência institucional		Proteção de um valor	
Interpretativa	Proposição que expressa condições formais e materiais de correção de um conceito	Regra conceitual	Remete à função dos conceitos: ordenar, classificar, compreender, predizer etc.	Depende de aspectos relacionados à sua finalidade e origem

4. Inferências probatórias epistêmicas

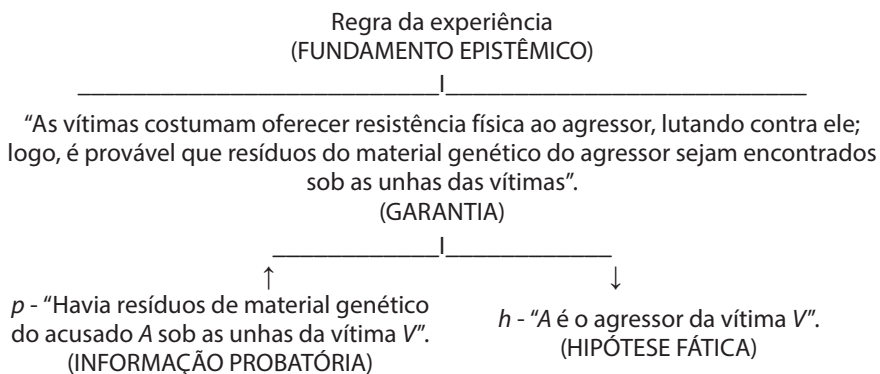
No mundo ideal, um processo judicial inicia-se com as alegações das partes, desenvolve-se na fase probatória e termina após a valoração racional com uma decisão que se justifica num robusto conjunto de informações que corrobora aquelas alegações. Terminada a produção das provas, o juiz teria respostas sobre os fatos alegados. Nesse passo, estaria apto a formular a sua decisão com base num exercício cognitivo pleno, isto é, sem o constrangimento de regras que predeterminam o rendimento probatório de determinados elementos de prova (como era o caso das “provas legais”). Esse seria o cenário das inferências probatórias epistêmicas.

Nas inferências probatórias epistêmicas, o fundamento da proposição que permite passar da informação probatória à hipótese alegada pela parte é realizado por uma regra da experiência. As regras da experiência, por sua vez, fundam-se em proposições fáticas que buscam descrever uma associação entre elementos que

existe na realidade externa ao processo. São generalizações científicas, técnicas, máximas derivadas de contextos profissionais etc. Assim, quando a prova praticada em juízo estabelece que “havia resíduos de material genético do acusado A sob as unhas da vítima V”, o juiz, de posse de seu *stock of knowledge*²⁴, infere que “o acusado A é o agressor da vítima V”. O juiz relaciona racionalmente a informação probatória e a hipótese fática em razão de uma regra da experiência segundo a qual “nos casos de lesão corporal, as vítimas costumam oferecer resistência física, lutando contra o agressor; logo, é provável que resíduos de material genético do agressor sejam encontrados sob as unhas da vítima”. Sua conclusão fática tem a pretensão de descrever a realidade externa tal qual os fatos efetivamente tenham ocorrido nas vidas de A e V.

Em outras palavras, esse tipo de raciocínio aproxima-se ao máximo da verdade. Essa é a sua finalidade. Quanto à força da inferência, é preciso sublinhar que ela se encontra na cogência da associação entre os fatos que fundamenta a regra da experiência em questão. Assim, nos casos mediados por uma relação causal entre classes de fatos – “a ocorrência de H é causada pela ocorrência de P” –, uma vez que se determine a ocorrência de P, a inferência que conclui pela ocorrência de H oferece um elevado grau de força. A força da inferência se traduz na resistência que ela apresenta a outras inferências probatórias que, a sua vez, tenham a pretensão de substituí-la. Uma inferência probatória epistêmica forte acaba por satisfazer a exigência de uma argumentação fática que seja plausível e a melhor alternativa para cumprir a finalidade de aproximação à verdade. Poderíamos representá-la da seguinte forma:

Quadro 4: Inferência probatória epistêmica



²⁴ Trata-se de uma expressão utilizada por Twining para referir-se às origens das generalizações das quais os julgadores partem para inferir uns fatos de outros no contexto da valoração das provas. “The stock of knowledge may vary in respect of perceived reliability from scientifically established laws through experience-based generalizations to sheer speculation or prejudice, from beliefs deeply rooted in religion to ideas or impressions casually acquired which, may also be casually discarded. Reliability can be roughly represented by a continuum of common sense, horse sense, specialist expertise, and scientific knowledge, all of which belong to a shared stock of beliefs”. (Twining, 2003, p. 99)

Esse tipo de raciocínio ocorre nas situações em que o julgador aplica as regras do raciocínio fático geral ao raciocínio fático jurídico, sem qualquer interferência de regras jurídicas que restrinjam previamente a sua atividade cognitiva. O julgador chegará à conclusão que qualquer outro sujeito epistemicamente comprometido chegaria. Mediante o uso das regras da experiência para examinar as provas produzidas no interior do processo, o juiz não fará outra coisa senão inferir a hipótese fática que mais provavelmente corresponda à realidade externa. Da mesma forma que no nosso dia a dia concluímos que choverá quando o céu está cinza, no contexto jurídico, o juiz conclui que aquele que possui pólvora nas mãos é o agente responsável pelo disparo sofrido pela vítima ou que, como no exemplo acima mencionado, o agressor é aquele que possui o material genético da vítima sob as unhas, uma vez que é sabido que, nos casos de lesão corporal, a vítima costuma resistir e lutar fisicamente.

Interessante notar que, à primeira luz, as inferências probatórias epistêmicas e as regras que excluem provas parecem ser elementos inversamente proporcionais. Porque, quanto mais regras que excluam provas do processo, mais limitadas serão as inferências probatórias epistêmicas a serem realizadas pelo juiz. As regras que limitam a admissibilidade de provas e as regras que ordenam que certas provas – já praticadas – sejam desconsideradas em razão de serem consideradas “ilícitas”, por exemplo, restringem as informações de que os juízes poderão partir para realizar as inferências probatórias epistêmicas rumo à decisão. De forma apressada, seria possível pensar inclusive que as regras excludentes são absolutamente prejudiciais à satisfação de compromissos epistêmicos. Entendemos, contudo, que as regras que excluem provas não devem ser confundidas com uma necessária rejeição ao propósito da busca pela verdade no contexto judicial. É preciso notar que há regras que excluem provas com o propósito de justamente assegurar certo compromisso epistêmico. Imaginemos a regra que ordena excluir do conjunto probatório a confissão mediante tortura. A razão é: não é confiável a confissão assim praticada, pois quem tem dor é capaz de dizer qualquer coisa para colocar fim ao sofrimento. A regra que manda excluir essa informação probatória, para além de promover o respeito à integridade psicofísica das pessoas (valor moral), aproxima a decisão judicial de proposições fáticas verdadeiras, na medida em que proíbe que informações provavelmente falsas sejam utilizadas como premissas de inferências probatórias epistêmicas. Logo, limitar o ponto de partida das inferências probatórias pode ser compatível com a satisfação de um compromisso epistêmico.

Ademais, podemos dizer que a inferência probatória epistêmica ocupa “um lugar central” e “logicamente prioritário” (González Lagier, 2014, p. 88) em relação aos demais tipos de inferência probatória que analisaremos a seguir. Como veremos no próximo tópico, no caso das inferências probatórias normativas, especificamente quando a regra é de presunção, haverá, geralmente, um fato básico que precisa ser anteriormente determinado. Algo semelhante ocorrerá com as regras de ônus da prova. Nesse último caso, a ausência da prova do fato relevante desempenhará função equivalente à presença do fato básico nas regras de presunção. Tanto num caso como

noutro, a proposição fática que serve de premissa para as inferências probatórias normativas será determinada por meio de inferências probatórias epistêmicas.

5. Inferências probatórias normativas

Uma adequada compreensão do raciocínio fático requer que se dê atenção a outro tipo de inferência probatória, já que há situações nas quais a mera aplicação de regras da experiência não se mostra suficiente para dar sustento às hipóteses fáticas alegadas pelas partes. Trata-se de um cenário probatório subótimo, no qual os fatos relevantes para a resolução da controvérsia permanecem incertos mesmo depois de terminadas as fases de produção e valoração das provas²⁵. Em síntese: ocorre a produção dos meios de prova úteis para a corroboração das hipóteses; na fase de valoração, o juiz procede à atividade de inferir as hipóteses fáticas das informações probatórias, mas, não obstante isso, as provas não são suficientes para fundamentar as hipóteses fáticas alegadas²⁶.

Com isso em mente, os arquitetos dos sistemas jurídicos elaboram regras cuja função é precisamente dispor de um critério de decisão para os casos em que ainda paire incerteza sobre os fatos; isto é, formulam regras para um cenário subótimo no qual incertezas fáticas não tenham sido eliminadas depois das fases de realização e valoração das provas. Os legisladores tomam uma decisão sobre como as decisões devem ser tomadas futuramente. Na terminologia desenvolvida por Sunstein e Ullmann-Margalit (1999), estes desenvolvem *decisões de segunda ordem*, as quais expressam uma escolha antecipada a respeito da maior ou menor aceitabilidade de certas decisões equivocadas quando comparadas a outras²⁷. Exemplo: “É preferível ver dez homens culpados escaparem a um inocente ser condenado injustamente”²⁸. A partir de uma perspectiva institucional, os arquitetos pretendem evitar que as situações de incerteza fática sejam resolvidas pelos próprios julgadores, mediante decisões de primeira ordem, isto é, decisões que reflitam a posição dos próprios julgadores a respeito de qual erro deveria ser evitado quando comparado a outros. Assim, entre decisões equivocadas sobre os fatos resultantes da aplicação de uma regra jurídica e decisões equivocadas sobre os fatos decorrentes de uma decisão político-moral particular do julgador, os arquitetos optam pelas primeiras. Precisamente neste ponto, cabe analisar as regras de *presunção* e de *ônus da prova*. A seguir, veremos de

²⁵ Sobre *momentos probatórios*, ver Ferrer Beltrán (2007).

²⁶ O cenário das provas insuficientes consiste na produção de provas que finalmente não alcançam satisfazer o *standard* de prova determinado pelo sistema jurídico. Determinar se há, ou não, prova de um fato é questão que só pode ser respondida recorrendo ao *standard* de prova que tenha sido construído pelo arquiteto do sistema jurídico. Pode ocorrer, por exemplo, que, segundo o conjunto probatório disponível, a hipótese a provar seja “mais provável do que não” e, mesmo assim, seja um cenário de insuficiência probatória. Pense-se nos processos criminais que operem conforme um *standard* de prova exigente – como o do além de toda dúvida razoável.

²⁷ “By second order decisions we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into ordinary decision-making situation in the first instance”. (SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 3.)

²⁸ Essa é a famosa *ratio* de Blackstone (1769). Sobre o assunto, ver Volokh (1997).

que modo essas regras se relacionam com a inferência probatória normativa. Antes, dediquemos mais atenção às características elementares dessas inferências.

A inferência probatória normativa é todo raciocínio probatório no qual o fundamento da proposição que garante o passo lógico que vai das informações probatórias à hipótese fática encontra-se estabelecido por uma regra jurídica. Ou seja, em contraste com as inferências probatórias epistêmicas – examinadas no ponto anterior –, não se trata apenas de concluir certa hipótese fática a partir de provas com base em regras da experiência, em generalizações que busquem descrever como o mundo é. Se, no caso das inferências probatórias epistêmicas, o fundamento do passo lógico consiste sempre numa associação entre fatos, no caso das inferências probatórias normativas, há dois tipos distintos de fundamento. A garantia pode amparar-se numa proposição que descreva uma associação de fatos presente na realidade externa ou numa proposição que, longe de pretender descrever uma associação de fatos existente na realidade externa, quer produzi-la artificialmente (González Lagier, 2014). A regra conhecida como “presunção de inocência” não se ampara numa regularidade observável empiricamente segundo a qual a maior parte dos acusados são, em realidade, inocentes; seu objetivo é o de expressar a preferência moral institucionalizada de tornar as condenações mais difíceis do que as absolvições, pois, entre os resultados equivocados “condenar inocentes” e “absolver culpados”, o segundo tipo representa uma injustiça menos pior do que o primeiro.

Para satisfazer essas distintas finalidades – perseguir a verdade e garantir certas preferências institucionais –, os arquitetos dos sistemas jurídicos formulam normas a partir de fundamentos diferentes. A consequência de seus estabelecimentos é que, em ambos os casos, não é o juiz quem, de acordo com o seu livre convencimento, chega à conclusão de que a informação probatória conduz à confirmação da hipótese fática. Esse passo está previamente guiado por regra jurídica à qual ele deve obediência. A conclusão desse tipo de inferência probatória é regida por regras jurídicas, enquanto a conclusão das inferências probatórias epistêmicas resulta da aplicação das regras da experiência selecionadas como relevantes para a resolução do caso pelo próprio julgador. Daí dizer-se que a força de uma inferência probatória normativa deve-se ao caráter autoritativo do seu fundamento. Uma vez satisfeita a condição de aplicação da regra jurídica, não pode o juiz evitar realizar uma inferência probatória normativa. Uma outra forma de colocar o ponto é dizer que inferências probatórias normativas são casos de restrição à livre valoração da prova (González Lagier, 2014). Uma análise acerca do funcionamento das regras de presunção e de ônus certamente contribuirá para uma melhor compreensão da inferência probatória normativa.

5.1. As regras de presunção

Configura um lugar comum para os juristas a ideia de que as regras de presunção desempenham duas funções no cenário judicial: de um lado, servem para organizar a atividade probatória das partes; de outro, determinam um critério de decisão para o juiz quando persistirem incertos os fatos relevantes para a resolução da

controvérsia (regra de julgamento). A função das regras de presunção desempenhada ante as partes encontra-se operativa desde o princípio do processo. Por outro lado, o papel que desempenha ante o julgador só tem espaço no final do processo, quando eventualmente a produção probatória tenha se mostrado insuficiente²⁹. Assim, uma regra de presunção de acordo com a qual “se *P* for provado, então *H* deve ser presumido” serve para, de uma só vez, desde o princípio do processo, aconselhar as partes sobre em quais fatos devem concentrar seus esforços probatórios e, tendo em vista um cenário de decisão sob incerteza fática, estabelecer uma prescrição ao juiz para tomar um fato não provado como verdadeiro. Essa antecipação do critério de decisão que o juiz tem a obrigação de aplicar na eventualidade de que o fato em discussão permaneça incerto funciona como um aviso. A parte que permanecer inerte corre o risco de perder bem como a parte que se tornar ativa, mas que não realizar a atividade probatória de modo suficiente. A função de regra de julgamento está para a parte a quem a presunção desfavorece como o céu acinzentado está para o executivo que em dia nublado não quer se molhar: tanto a decisão por presunção quanto terminar ensofado no meio de um dia importante de trabalho são riscos que convêm sejam evitados.

“Presumir-se-á recebida a carta enviada”, “(...) morto o soldado capturado em guerra após o lapso temporal de dois anos”, “(...) pai o marido da mãe” são exemplos de regras tradicionalmente identificadas como regras de presunção; elas contêm um *fato básico*, um *fato a ser presumido* e, conectando-os, uma *associação entre fatos* que busca descrever a realidade externa³⁰. Se fixarmos nossa atenção na função de regra de julgamento a ser aplicada nos casos em que persiste incerto o fato relevante para a decisão, é possível enxergar em que sentido as regras de presunção relacionam-se

²⁹ ULLMANN-MARGALIT (1983) emprega a expressão “*ready-made answer*” para se referir à presunção de que é “*prescribed rather than ascertained, to the factual question involved*” (p. 146).

³⁰ Aqui fazemos a ressalva de que isso ocorre, na maior parte das vezes, porque não podemos nos esquecer das chamadas “presunções absolutas”. Muito embora essas presunções contenham em seu interior uma associação entre fatos, não é possível afirmar que a sua finalidade seja a perseguir a satisfação de um compromisso epistêmico. A presunção de estupro prevista pelo legislador brasileiro de 1940 – “Presume-se estupro a conjunção carnal havida com menor de catorze anos” – não resguardava qualquer possibilidade de prova quanto ao consentimento da vítima. Em razão da proteção à liberdade sexual, à integridade psicofísica, à honra etc., ordenava-se ao juiz que ignorasse o que em realidade houvesse ocorrido entre a vítima e o acusado. O que estava por trás do raciocínio do legislador era de que o consentimento da menor de catorze anos não importava. Tal como a presunção de estupro (eliminada em 2009), as demais regras que impedem a produção de prova contrária ao fato a ser presumido não podem ser consideradas comprometidas com a busca pela verdade. Elas existem em nome de compromissos morais institucionalizados pelo arquiteto do sistema jurídico. Sobre a presunção de estupro de menor de 14 anos imposta pelo legislador de 1940, ela foi substituída por outro dispositivo em 2009, com redação que suprimia a técnica das presunções. Para os interessados numa comparação, vejamos a redação de 1940:

“Art 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena - reclusão, de seis a dez anos.”

“Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é menor de 14 (catorze) anos.”

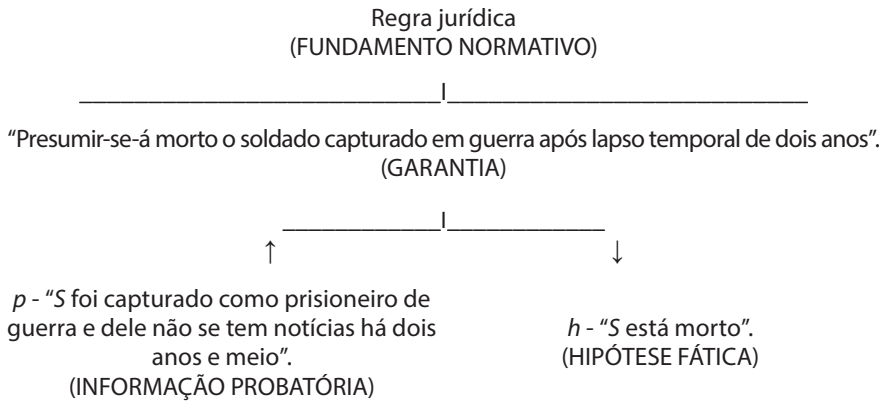
Redação atual (dada pela Lei nº 12.015 de 2009)

“Art 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão de seis a dez anos.”

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de oito a quinze anos.”

com as inferências probatórias normativas: elas representam uma resposta *default* sobre como o juiz deverá decidir nas situações em que houver a prova do fato básico *p* e inexistir prova contrária à hipótese fática *h* que seja suficiente. Em razão do caráter autoritativo da regra, o julgador deverá tomar por verdadeiro a fato não provado *h*.

Quadro 5: Inferência probatória normativa (presunção)



5.2. As regras de ônus da prova

Algo semelhante se dá através das regras conhecidas por ônus da prova³¹. Como as regras de presunção, elas também desempenham uma dupla função. Tomemos o exemplo de uma regra hipotética de acordo com a qual “os fatos que favorecem a hipótese do autor devem por ele ser provados”. Essa regra que atribui ao autor o ônus da prova transmite duas mensagens: uma para as partes envolvidas na controvérsia, outra para o julgador. A mensagem dirigida às partes representa um *conselho*, uma estratégia que deve ser seguida por aquele que pretende ganhar o processo³². Para o autor, seria: “sua chance de contribuir para um desfecho que lhe seja favorável é

³¹ Daí afirmar-se que o ônus da prova e as presunções, na verdade, são dois lados da mesma moeda. Dizer que alguém tem uma presunção que lhe favorece é o mesmo que dizer que não tem o ônus da prova. Por exemplo, Schauer (2012, p. 224): “When we say that the defendant in a criminal case is presumed innocent, for example, we are also saying that the prosecution has the burden of proof, with the failure to satisfy it resulting in the defendant’s acquittal. Similarly, when it is held that a will is presumed to have been properly executed, the effect is that a party claiming fraud duress, or lack of capacity must demonstrate that one of these defeating conditions has actually occurred, and in the absence of such a demonstration, the court will accept the validity of the will, even though the party claiming that the will was validly executed has proved nothing at all”.

³² Sobre “ônus processual”, esclarece Fernández López (2006, 46): “[S]e puede definir la carga procesal como un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la experiencia de obtener un efecto procesal favorable para sus intereses, y cuyo ejercicio, lejos de tener como reflejo una sanción jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable)”.

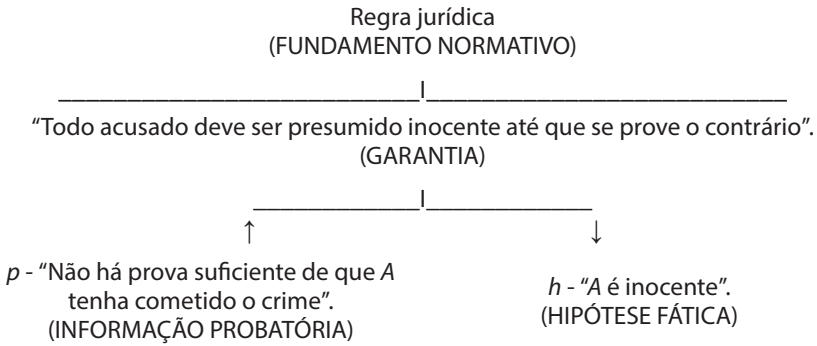
provar o fato *h*”; para o demandado, seria: “sua chance de contribuir para um desfecho que lhe seja favorável é enfraquecer o resultado da prova do fato *h* e/ou proceder à tentativa de provar não *h*”. Já a mensagem destinada ao juiz consiste numa prescrição, uma ordem sobre a quem ele deve atribuir a decisão desfavorável na hipótese de que algum fato relevante tenha sobrado incerto. Se o ônus da prova recai sobre o autor e, de acordo com a valoração das provas produzidas, o juiz chega à conclusão de que *h* não está provado com suficiência, será a ele – ao autor – que o juiz deverá atribuir a decisão de improcedência. Se, pelo contrário, o juiz considera que os fatos que favorecem o autor restaram confirmados por prova suficiente e os fatos que poderiam abonar a hipótese do demandado não atingem o grau necessário para fortalecer uma hipótese explicativa alternativa à hipótese do autor, então os efeitos jurídicos da perda da causa deverão ser atribuídos por ele ao demandado³³.

À semelhança dos efeitos conseguidos via técnica das presunções, as regras de ônus representam uma resposta *default* do sistema para os casos de incerteza fática. Como tal, as regras de ônus acabam por integrar inferências probatórias de tipo normativo, nas quais o julgador não tem discricionariedade para concluir de forma distinta ao que a regra prescreve. Supondo a regra “o ônus da prova de *H* é do autor”, uma vez que o julgador determine que, no caso individual, *h* não foi provado ou não foi provado com suficiência, necessariamente o julgador terá de decidir como se não *h* fosse o caso.

Qual regra poderia ser apontada como exemplo de regra de ônus da prova? A regra que estabelece que “todo acusado deve ser presumido inocente até que se prove o contrário” encaixa-se com perfeição no esquema oferecido pelas regras de ônus às inferências probatórias normativas do julgador. Isso porque, apesar de que o arquiteto do sistema jurídico tenha empregado a terminologia das presunções, a regra que determina que o fato “inocência” deve ser tomado como verdadeiro para fins de decisão carece de qualquer fato que possa ser apontado como fato básico. Inexiste, nessa situação, um fato que convém ser provado pela parte beneficiada pela regra, a partir do qual se possa reconstruir uma inferência rumo ao fato a ser presumido. A consequência da regra consiste em tornar equivalentes, para efeitos jurídicos, as proposições “não há prova ou há prova insuficiente de que *h*” e “não *h* é verdadeira”. Logo, nos casos individuais, por força de regra, o juiz deverá inferir a inocência (não *h*) da ausência ou insuficiência de prova do fato “culpabilidade” (*h*).

³³ A função desempenhada ante o julgador é prioritária em relação àquela desempenhada ante as partes. Autor e demandado sabem com anterioridade qual o critério de decisão que o juiz estará obrigado a aplicar na eventualidade de que algum fato relevante permaneça incerto; logo, caso queiram ganhar a causa, a regra de ônus aponta-lhes os fatos que merecem seus esforços probatórios.

Quadro 6: Inferência probatória normativa (ônus da prova)



De um ponto de vista comprometido com a busca pela verdade, precisamos reconhecer que a ausência ou insuficiência de prova de culpabilidade do acusado não significa que ele efetivamente seja inocente. A regra em questão serve para justificar o passo lógico em inferências probatórias normativas que não se fundam em associações entre fatos empiricamente observáveis. O fundamento aqui é uma diretiva moral institucionalizada de acordo com a qual é preferível evitar que inocentes sejam encarcerados a evitar que culpados fiquem em liberdade³⁴.

6. Inferências probatórias interpretativas

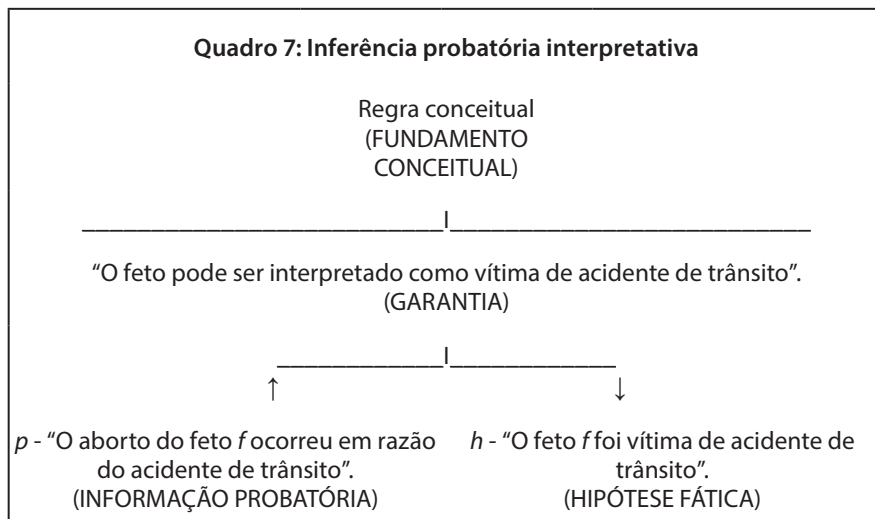
Um terceiro tipo de inferência probatória distingue-se pela natureza conceitual da regra que serve de fundamento à proposição de garantia da inferência. Esse tipo de inferência ocorre quando julgador precisa delimitar a abrangência de um conceito ou de uma categoria prevista pelo direito para poder decidir a respeito da aceitação, ou não, de uma hipótese fática. Essa é uma operação de definição conceitual, prévia à categorização dos fatos particulares. Nesses casos, a aceitação de uma hipótese fática a partir de certa informação probatória dependerá das condições de correção do significado que se atribui ao conceito empregado na proposição geral que garante a inferência probatória. O seu fundamento é uma escolha interpretativa.

Um exemplo que ilustra a importância das inferências probatórias interpretativas para o raciocínio fático no direito pode ser encontrado num caso julgado em 2013 pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵. O pedido era de indenização por morte da vítima de acidente de trânsito tendo como fundamento o seguro obrigatório DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre). O pedido foi feito

³⁴ Ver nota 29.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1415727, Santa Catarina.

por uma mulher grávida que veio a sofrer um aborto em decorrência do acidente. Contudo, foi o feto, e não a gestante, quem “morreu”. No sistema jurídico brasileiro, a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida. O sujeito que nasce com vida possui “personalidade” e tem uma série de direitos resguardados. Entre esses direitos, figura o direito de pedir indenizações, nos casos em que venha a sofrer danos. Quando ocorre a morte da vítima, esse pedido é feito pelos seus herdeiros. Podemos diagramar a inferência da seguinte maneira:



No presente caso, várias escolhas interpretativas parecem estar em jogo. A afirmação de que o feto é vítima implica comprometer-se com certa interpretação de “personalidade jurídica” que se distancia da linguagem técnica do direito. Vimos acima que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas o feto não chegou a esse ponto, pois teve a sua gestação abortada. O mesmo parece ocorrer em relação ao conceito de “herdeiro”. O pedido de indenização por morte em acidente de trânsito cabe aos herdeiros da vítima, mas como pode uma ascendente ser herdeira de um descendente natimorto? No final das contas, o que está em jogo é a possibilidade de se categorizar o “feto” como “pessoa”. Responder a essa questão requer uma operação conceitual prévia do julgador, a qual pode, ou não, ser coextensiva com os usos da palavra em outras comunidades linguísticas.

A linguagem jurídica é uma linguagem técnica, relativamente autônoma. Em certas ocasiões, o conceito jurídico diverge do conceito ordinário. É o que acontece com o conceito de “embriaguez”. A definição de embriaguez como “qualquer concentração de álcool por litro de sangue”, prescrita no artigo 276 do Código de Trânsito Brasileiro, seguramente difere do entendimento ordinário que temos a respeito do que significa

estar embriagado. Pode ser também que tal divergência entre a linguagem jurídica e a linguagem ordinária seja tão gritante a ponto de se dizer que o conceito jurídico inaugura ou introduz um discurso fictício³⁶. Essa relativa maleabilidade dos conceitos jurídicos é cada vez mais impulsionada pelas descobertas científicas e tecnológicas (Haack, 2011). A evolução dos conceitos jurídicos não caminha em direção única – podem afastar-se ou aproximar-se de outros campos linguísticos, sejam eles ordinários ou técnicos. A mutação e a dependência contextual dos conceitos jurídicos sugerem um relativismo perturbador para a defesa de valores epistêmicos no direito.

É claro que o direito pode estar fundado em razões que não se referem ao mundo empírico. Além disso, a distinção entre fato e valor é difícil de se manter com facilidade em todos os casos. Há diferenças entre categorias que representam classes naturais e intencionais e o suporte racional para as categorias que dependem de nossa vontade não está fortemente ancorado na realidade. Por detrás de tudo isso, há discussões filosóficas profundas. A discussão sobre o critério de correção conceitual a ser aplicado no direito pode vir a se tornar tão complexa quanto os debates sobre significado na Filosofia da Linguagem. Entretanto, vamos tentar colocar a questão de um modo simples.

Se optamos por um critério de correção conceitual que reflita um comprometimento do direito com a realidade externa, então o julgador estará diante de um problema que pode ser resolvido com uma postura de deferência epistêmica. Nesse cenário, o significado que se atribui ao conceito empregado na proposição geral que garante a inferência probatória precisa ser estabelecido de acordo com o mundo externo das evidências empíricas. Importam as definições e os esquemas conceituais estabelecidos pela comunidade científica. Se, por outro lado, a opção é feita por um critério de correção conceitual que reflita um comprometimento com a autonomia do direito, então o julgador estará diante de uma dimensão probatória do raciocínio fático relativamente mais livre. Nesse caso, uma hipótese fática será verdadeira para o direito quando existir um esquema conceitual que lhe dá sentido. Mas daí não se segue que a proposição seja construída ou tornada verdadeira pelo esquema conceitual que a prevê. Dizer que o direito às vezes determina os fatos em desconformidade com a realidade externa não implica dizer que a verdade jurídica seja *ipso facto* uma mera construção social. Existirá, ainda assim, um critério de correção conceitual a ser aplicado e, embora o critério possa ser uma construção (legislativa, judicial ou doutrinária), a adequação do conceito a ser empregado ao critério não dependerá de uma livre escolha do julgador.

Parece que aqui estamos diante de uma instância da falácia que Haack chamou de “passa-se por” (*passes-for fallacy*). Partimos da premissa verdadeira de que as proposições fáticas que o julgador determina como sendo verdadeiras podem às vezes não ser para inferir a conclusão falsa de que noções epistêmicas (como verdade,

³⁶ Sobre o uso de ficções jurídicas e a tensão entre a linguagem técnica do direito e a linguagem ordinária, v. Fuller (1930) e Schauer (2015).

prova relevante e correspondência) devem ser descartadas da Epistemologia Jurídica (Haack, 2011, p. 193). Ora, a conclusão à qual devemos chegar é justamente outra. Na verdade, a conclusão é que precisamos saber identificar os momentos em que o direito opta por se descolar da realidade e avaliar quando tal preferência está, ou não, justificada. Essa é uma tarefa importante para a Epistemologia Jurídica.

7. Conclusão

Vimos que as inferências probatórias configuram o passo lógico que precisa ser realizado pelo julgador para a determinação da premissa menor da decisão que solucionará o caso. Contudo, seria apressado assumir que, porque se trata da construção da premissa fática, apenas haveria compromissos epistêmicos a serem assumidos pelo julgador como se a determinação dos fatos fosse realizável simplesmente a partir de uma atividade de “verificação”. Mesmo quando o que está em jogo é a construção da premissa fática do silogismo judicial, impõe-se ao julgador a combinação de compromissos que ultrapassam a preocupação de determinar a correspondência entre a proposição fática e a realidade externa ao processo judicial. Se é certo que a corroboração das alegações das partes, mediante provas, representa um desafio importante para o alcance de uma proposição fática justificada, também é certo que esse é somente um dos passos a serem dados pelo julgador comprometido com uma decisão amparada em boas razões.

O julgador deverá levar em conta que os compromissos normativo e conceitual encontram-se emparelhados com o compromisso epistêmico. O caso da indenização da “vítima” feto por acidente de trânsito serve precisamente para sublinhar que a determinação da proposição fática em questão depende da combinação de uma inferência probatória epistêmica a uma inferência probatória interpretativa. Já a determinação de que “o mordomo José é responsável pela morte de Luís” pode chegar a depender de uma inferência probatória normativa, uma vez que, nos processos criminais, é preciso saber se a acusação satisfaz, ou não, o ônus de provar suficientemente o fato “culpabilidade”. Ambos os casos servem para mostrar que a determinação da premissa fática envolve, no mais das vezes, uma combinação de inferências probatórias, o que, por sua vez, expressa a pluralidade de compromissos que o raciocínio sobre fatos deve abraçar para que as decisões judiciais estejam justificadas. Compromissos epistêmicos, normativos e conceituais formam parte da rotina intelectual do julgador ao ver-se diante da tarefa de formular a sua premissa fática. Um passo importante para a satisfação desses compromissos está em saber distinguir quando se está diante de cada um deles, sem confundi-los, sem reduzi-los. Nesse sentido, acreditamos que uma análise dos diferentes tipos de inferência probatória representa uma estratégia mais do que adequada.

Referências

- AGUILÓ REGLA, Josep. *Presunciones, verdad y normas procesales*. Isegoría, 35, 2006. p. 9-31.
- _____. *Nota sobre "Presunciones" de Daniel Mendonca*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 22, 1999. p. 649-660.
- ALLEN, Ronald. *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*. Northwestern University Law Review, 88, 1994.
- ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence: Specially Applied to English Practice*. London: Hunt and Clarke, 1827.
- BLACKSTONE, William. Commentaries *358.
- CUTLER, Brian (Ed.). *Conviction of the Innocent*. Washington, DC: American Psychological Association, 2012.
- DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 2013.
- _____. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven-London: Yale University Press, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FULLER, L.L. *Legal Fictions*. Illinois Law Review, XXV, 4, 1930. p. 363-399.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de las pruebas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de Inocencia, verdad y objetividad. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl. *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014. p. 83-117.
- _____. Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos. In: *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013. p. 75-85.
- GOVIER, Trudy. *A Practical Study of Argument*. Belmont: Wadsworth, 2010.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

_____. O crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na ciência e no direito. Traduzido por Rachel Herdy. In: RODRIGUEZ, Jose Rodrigo (Ed.). *A justificação do formalismo: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117-140.

_____. *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. Amherst, NY: Prometheus Books, 2003.

_____. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Traduzido por Rachel Herdy. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Edições Loyola, 2011.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LOFTUS, Elizabeth; KETCHAM, Katherine. *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegations of Sexual Abuse*. New York: St. Martin's Press, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MENDONÇA, Daniel. *Presunciones*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21, 1998. p. 83-98.

PARDO, Michael. *The Field of Evidence and the Field of Knowledge*. Law and Philosophy, 24, 2005.

RYLE, Gilbert. Knowing How and Knowing That. In: *Collected Papers* (Volume 2). New York: Barnes and Nobles, 1971. p. 212–25.

SCHAUER, Frederick. Legal Fictions Revisited. In: *Legal Fictions in Theory and Practice*. Dordrecht: Springer, 2015.

_____. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, s.d.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2016.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-Order Decisions, Public Law and Legal Theory Working Paper*, 1, 1999. p. 1-36.

TARELLO, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi, studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *La prova del fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

THAYER, James Bradley. *A preliminary Treatise on Evidence at the Common-Law*. Boston: Little Brown & Co, 1898.

TOULMIN, Stephen. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Eds.). *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014. p. 121-147.

TWINING, William. *Evidence as a Multi-Disciplinary Subject*. Law, Probability, and Risk, 2003. p. 91-107. [1ª edição em 1990].

ULLMANN-MARGALIT, Edna. *On presumption*. The Journal of Philosophy, 30, 1983. p. 143-163.

VOLOKH, Alexander. *n Guilty Men*. 146, University of Pennsylvania Law Review, 173, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o Sonho Acabou*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. Vol. 2. 496p.

WIGMORE, John. *A Treatise on the Anglo-American Systemm of Evidence and Trial at Common-Law*. Boston: Little Brown & Co.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer, 1992.

Juízes, liberdade de associação e sindicatos¹

Jorge Miranda*

Sumário

1. O estatuto. 2. Os poderes. 3. Os juízes. 4. As restrições. 5. Estado de Direito.

Resumo

Uma coisa é o associativismo judiciário, outra bem diferente é o sindicalismo judiciário. Ora os juízes já não são meros funcionários públicos (atitude bem marcante no tempo da Constituição de 1933), antes titulares de órgãos de soberania a par dos outros órgãos de soberania (como estabelece a Constituição de 1976). Sendo assim, o que passa a estar em causa é saber se o nosso Estado vai subsistir como unidade de poder e de serviço ou se vai enfrentar, no seu seio, ressaibos corporativos sob a veste de formas sindicais.

1. O estatuto

Ao contrário das Constituições de 1822, 1826 e 1838, que enunciavam os “poderes do Estado” (respetivamente, arts. 30º, 11º e 34º), as Constituições de 1933 e 1976 preferiram enumerar os “órgãos de soberania” (respetivamente, arts. 71º e 113º – hoje 110º); na transição, ficou a Constituição de 1911, dizendo que “são órgãos de soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial” (art. 6º).

Em vez da conceção da pura separação de poderes como poderes funções, veio a ser adotada, pois, nas nossas duas últimas Constituições, a conceção mais realista – e também a mais elaborada tecnicamente – de divisão do poder através da separação de órgãos (ou de poderes competências). A diferença consiste, como se sabe, em que a atual Lei Fundamental, e não a de 1933, expressamente proclama a separação e a interdependência dos órgãos de soberania, como princípio geral de organização do poder político (art. 114º, nº 1, hoje 111º, nº 1, e, depois de 1997, art. 2º).

Os órgãos de soberania são aqueles que se ligam, necessária e primariamente, à soberania como poder próprio e originário do Estado. Por isso, habitualmente

¹ Artigo publicado no site da Fundação Francisco Manuel dos Santos, Seção: “Publicações/XXI”, Caderno: “Opinião/Juízes”, 2º semestre, 2011. Disponível em: <https://www.ffms.pt/artigo/430/juizes>.

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

se qualificam como órgãos supremos². Os restantes – sejam órgãos de entidades autónomas diferenciadas do Estado ou não – possuem uma qualidade e uma consistência diversa de poder.

Mas os órgãos de soberania não se revelam apenas órgãos primários e necessários, elementos imprescindíveis para que o Estado exista como Estado (soberano) e sem os quais não pode funcionar. O seu carácter específico manifesta-se também (por isso ou por outro lado) em três aspetos: a) são órgãos definidores da forma política em concreto (forma de Estado, regime político, sistema de governo); b) são órgãos que têm a sua formação, a sua composição, a sua competência e o seu funcionamento estabelecidos, no essencial, pela Constituição; c) são órgãos comprometidos com a defesa da ordem constitucional, os únicos que recebem funções de garantia das instituições e da própria subsistência do Estado [arts. 120º, 162º, alínea a), 199º, alínea f), 202º, nº 2, 223º].

A tão proeminente lugar corresponde um estatuto adequado dos seus titulares – imposto pela dignidade da sua posição, pela autoridade do Estado com que se identificam e pela salvaguarda da sua independência na ordem interna e na ordem externa.

Este estatuto traduz-se em situações funcionais de vária natureza: poderes, imunidades, incompatibilidades, regalias, impedimentos³. E envolve também direitos subjetivos, como o de não haver prejuízo por causa da assunção dos cargos, o direito à remuneração e até o direito à renúncia, assim como deveres. Os titulares de órgãos não deixam de ser cidadãos, mas neles prevalece, em harmonia com um princípio de proporcionalidade⁴, a esfera institucional sobre a meramente pessoal.

2. Os poderes

Todas as Constituições portuguesas sempre alçaram os tribunais ou à categoria de Poder (de Poder Judicial ou Judiciário – Constituições de 1822, arts. 30º e 176º e ss.; de 1826, arts. 11º e 118º e ss.; de 1838, arts. 34º e 123º e ss.; de 1911, arts. 6º e 56º e ss.) ou de órgãos de soberania (Constituições de 1933, arts. 71º e 115º e ss.; e de 1976, arts. 113º e 205º e ss., hoje, 110º e 202º e ss.).⁵

E todas, menos a de 1933, declararam a sua independência, fosse no conjunto dos Poderes do Estado ou de órgãos de soberania (Constituição de 1822, art. 30º;

² Cfr. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, V. 4a ed. Coimbra, 2010. p. 76 e ss.

³ As situações funcionais são situações jurídicas de membros do Estado poder ou do Estado aparelho (conforme se quiser), os direitos fundamentais são situações jurídicas de membros do Estado comunidade, das pessoas que o constituem frente àquele. Ao passo que as situações funcionais são consequência da prossecução do interesse público e este prevalece sempre sobre o interesse dos titulares, os direitos fundamentais só existem aí, onde haja um interesse das pessoas que valha por si, autónomo, diferenciado. Sobre toda esta problemática, v.: MIRANDA, Jorge. *Deputado*. Coimbra, 1974. p. 28, 55 e ss. e 63 e ss., e autores citados; e GOMES, Carla Amado. *Imunidades parlamentares*. Coimbra, 1998.

⁴ Sob este princípio, v.: *Manual...*, IV. 4a ed. Coimbra, 2008. p. 279 e ss. e autores citados.

⁵ Cfr. o nosso estudo *Tribunais, Juizes e Constituição*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, p. 5 e ss. e autores citados.

Constituição de 1838, art. 35º; Constituição de 1911, art. 6º), fosse em fórmula direta (Carta Constitucional, art. 118º; Constituição de 1976, art. 208º, hoje 205º).

A Constituição atual, inspirada no princípio democrático, vai ainda mais longe, declarando que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 205º, hoje 202º)⁶, o que – sem prejuízo de os seus critérios de decisão continuarem a ser estritamente jurídicos – representa um suplemento de legitimidade (da legitimidade decorrente da origem democrática da Constituição e no apelo à inserção na consciência jurídica geral.⁷

A independência dos tribunais (art. 203º) é externa e interna⁸. Externa, na dupla vertente de independência dos tribunais em face dos demais órgãos de soberania e em face de quaisquer outros órgãos e de independência de cada tribunal em relação a qualquer outro, sem prejuízo da necessidade de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.

Independência interna como independência de cada juiz, não adstrito a qualquer vinculação que não a derivada das normas substantivas aplicáveis e de normas de processo (designadamente, como se lê no art. 4º do estatuto aprovado pela Lei nº 21/85, de 30 de julho, não sujeição a ordens ou instruções).

A inamovibilidade, garantia da independência dos juízes, aparece em todas as Constituições⁹ – de 1822, arts. 183º e 184º; de 1826, arts. 120º e 121º; de 1838, art. 127º; de 1911, art. 57º; de 1933, art. 118º; de 1976, art. 221º, nº 1, hoje 216º, nº 1. Assim como a irresponsabilidade, salvo as exceções consignadas na lei (na Constituição de 1933, art. 119º; e na de 1976, art. 221º, nº 2, hoje 216º, nº 2). E a exclusividade (art. 216º, nº 3)¹⁰.

A Constituição de 1976 ainda aqui seria mais avançada, por formalizar um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal de Justiça, de que fazem parte ao lado de vogais designados pelo Presidente da República e pelo Parlamento – precisamente, por virtude do princípio democrático – juízes eleitos pelos seus pares. A este Conselho compete nomear, colocar, transferir e promover os

⁶ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4a ed. Coimbra, 2010. p. 807-808.

⁷ Cfr. a nossa anotação in: MIRANDA, Jorge; e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, l. 2a ed. Coimbra, 2010. p. 108 e autores citados.

⁸ Cfr. anotação de MEDEIROS, Rui; e FERNANDES, Maria João. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, III. Coimbra, 2007. p. 512 e ss.; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II. p. 36 e ss. E, ainda, por exemplo, CHUMBINHO, JOÃO. *A Constituição e a independência dos tribunais*. Lisboa, 2000; AFONSO, Orlando. *Poder Judicial – Independência in Dependência*. Coimbra, 2004. Noutros países, por exemplo, SIMON, Dieter. *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975. Trad. *La independencia del Juez*. Barcelona, 1985; PAGES, Juan Luis Requejo. *Jurisdicción y independencia judicial*. Madrid, 1989; *O judiciário e a Constituição* (coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo, 1994; *Traité d'organisation judiciaire comparée*. Madrid, 2004.

⁹ Cfr. MENDES, João de Castro. Nótula sobre o art. 208.o da Constituição. *Independência dos tribunais, in: Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979. p. 653; FÁRIA, Paula Ribeiro de. Anotação. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, III. p. 172 e ss.; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II. p. 584 e ss. E, ainda, por exemplo, FRAGA, CARLOS. *Subsídios para a independência dos juízes: o caso português*. Lisboa, 2000; GÁSPAR, António Henriques. *Reflexões fora do lugar comum*. Coimbra, 2010. p. 55.

¹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO. A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta, in: *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, obra coletiva. Coimbra, 1998. p. 247 e ss.; ou MIRANDA, Jorge. *Tribunais... cit., loc.cit.*, p. 19 e ss.

juizes dos tribunais judiciais e exercer em relação a eles a ação disciplinar (arts. 217º, nº 1, e 218º). E prevê-se órgão análogo quanto aos juizes dos tribunais administrativos e fiscais (art. 217º, nº 2 e, além disso, o estatuto dos juizes como titulares de órgãos de soberania entra na reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República [art. 164º, alínea *n*), devendo entender-se que a alínea *p* do art. 165º visa tão somente os magistrados do Ministério Público – a *ratio* de reserva absoluta e a preferência da norma mais favorável ao poder legislativo do Parlamento justificam-no perfeitamente].

Naturalmente, um estatuto como este implica, em contrapartida, quer deveres específicos quer restrições de certos direitos. A estes nos referiremos mais à frente.¹¹

A Constituição de 1976, bem ao contrário da Constituição de 1933 e até das Constituições liberais, dedica à liberdade de associação um lugar centralíssimo no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais e aplica-lhe, como às demais liberdades, um regime reforçado de proteção [arts. 18º, 19º, 20º, nº 5, 21º, 165º, nº 1, alínea *b*), 288º, alínea *d*)].

O seu conteúdo essencial – de liberdade interna e liberdade externa e de direito tanto individual como institucional – fica logo recortado no art. 46º. A legislação e a jurisprudência, entretanto, surgidas têm-no respeitado, salvo um ou outro problema menor.¹²

Antes de mais, o direito de associação é o direito de, “livremente e sem dependência de qualquer autorização”, constituir com outrem associações para qualquer fim não contrário à lei penal (nº 1)¹³ – direito individual, mas de exercício necessariamente coletivo.

E este direito deve ser encarado no sentido mais amplo, sem prejuízo do respeito do princípio da especialidade: cada associação existe para certos e determinados fins, a que correspondem os meios adequados, e não para uma pluralidade indefinida de fins.

Também nenhuma associação pode pretender assumir fins ou funções próprias do Estado, como a administração da justiça ou a segurança interna. Mas pode assumir fins que o Estado também prossiga no campo económico, social e cultural quando os seus fins possam confluir com os fins do Estado, independentemente de se aceitar, ou não, o princípio da subsidiariedade.

¹¹ *Cfr.*, para uma visão mais ampla, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni delle giustizia nella società contemporanea*. Bolonha, 1994; RANGEL, Paulo de Castro. *Repensar o poder judicial*. Fundamentos e fragmentos. Porto, 2001; *La magistratura nello stato costituzional*. Teoria ed esperienza a confronto, obra coletiva (coord. de Silvio Gambino). Milão, 2004; *Perfil do juiz na tradição ocidental*, obra coletiva (coord. de António Pedro Barbas Homem et alii). Coimbra, 2007.

¹² *Cfr.*, em geral, BELEZA, Leonor; e SOUSA, Miguel Teixeira de. Direito de associação e associações, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979. p. 121 e ss.; LEAL, António da Silva. *Os grupos sociais e as organizações na Constituição de 1976 – A rotura com o corporativismo*, *ibidem*. p. 195 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *As associações criminais no Código Penal Português*. Coimbra, 1982; MIRANDA, Jorge. Liberdade de associação e alterações aos estatutos sindicais, in: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1986. p. 175 e ss.; MOREIRA, Isabel. Restrições ao exercício do direito de associação e de greve dos agentes das forças de segurança, in: *Estudos de Direito da Polícia*, obra coletiva, II. Lisboa, 2003. p. 267 e ss.; MARTINS, João Zenha. Em torno da “associação na hora” e do direito associativo português, in: *Scientia Juridica*, 2007. p. 487 e ss.

¹³ Lei penal geral, não qualquer lei de exceção, que o art. 18º da Constituição não permite.

As associações podem pretender desenvolver a sua atividade em Portugal ou também noutros países. Em segundo lugar, o direito de associação é um direito individual e de exercício individual, positivo e negativo (n^{os} 1 e 3):

1. O direito de fazer parte ou de aderir a qualquer associação, verificados os pressupostos legais e estatutários, sem privilégios nem discriminações;
2. O direito de livremente, a todo o tempo, sair de qualquer associação a que se pertença;
3. O direito de não ser coagido a inscrever-se (ou a permanecer) em qualquer associação;
4. O direito de não pagar quotização para associação em que se não esteja inscrito [*cf.* artigo 55^o, n^o 2, alínea b)].

Na liberdade negativa de associação manifestam-se, talvez mais do que noutras zonas, a dimensão individual do direito e a exigência de respeito tanto por parte do Estado como por parte de quaisquer outras entidades, públicas e privadas. Nela se torna patente a preservação da esfera de autodeterminação de cada pessoa na condução concreta da sua vida, com recusa de interferências exteriores ou, em geral, de atos contrários à sua vontade.

Esse respeito não se traduz apenas na não sujeição de quem quer que seja – cidadão, trabalhador, consumidor etc. – à filiação automática, por força de certa qualidade, numa associação ou na não sujeição a um dever de inscrição. Traduz-se, também, pela lógica das coisas e pela própria coerência e autenticidade do sistema jurídico, na não criação de quaisquer desvantagens por não se pertencer a esta ou àquela associação, política, sindical ou outra.

Não basta reconhecer formalmente o direito de ser ou de deixar de ser membro duma associação. Importa ainda que, por via direta ou indireta, a lei não institua um ônus; não faça depender o acesso a qualquer estado ou condição ou o exercício de qualquer direito da pertença a uma associação; não constranja, na prática, as pessoas a entrar para uma associação a fim de não sofrerem algum inconveniente ou obterem algum benefício; não acabe por estabelecer, sem necessidade ou sem base objetiva, uma diferenciação entre os cidadãos contrária ao princípio fundamental da igualdade.

O direito de associação revela-se depois um direito institucional, um direito de liberdade das associações constituídas (n^o 2):

1. Liberdade de organização e regulamentação interna, sendo os estatutos elaborados por cada associação, observadas as regras

gerais da Constituição e da lei, sem qualquer dependência de aprovação ou homologação [cfr. art. 55º, nº 2, alínea c)]¹⁴;

2. Liberdade de constituição dos seus órgãos, sendo os seus titulares eleitos pelos associados sem dependência também de aprovação ou homologação;

3. Liberdade de prossecução dos seus fins, sem interferência das autoridades administrativas e ainda sem dependência de autorização ou de aprovação relativamente aos atos dos seus órgãos;

4. Liberdade de filiação e de participação em uniões ou outras organizações de âmbito mais vasto (v.g. federações de institutos religiosos, uniões e confederações sindicais, federações e confederações desportivas), tanto em âmbito interno como internacional [cfr. artigo 55º, nº 2, alínea a)];

5. Liberdade de extinção ou de dissolução.

Em especial, a liberdade ou autonomia interna das associações postula, em Estado de Direito democrático, a vinculação das associações perante os associados, os direitos, as liberdades e garantias (artigo 18º, nº 1) e a observância do método democrático, traduzido em:

1. Aprovação dos estatutos em assembleia geral (cfr. art. 54º, nº 2);

2. Eleição periódica dos dirigentes (art. 55º, nº 3) e a admissibilidade de destituição (art. 264º, nº 4);

3. Voto direto (cfr. artigo 54º, nº 3), secreto (cfr. arts. 55º, nº 3, 54º, nº 2, e 264º, nº 4) e pessoal (art. 180º do Código Civil);

4. Pluralismo de opiniões e correntes [art. 55º, nº 2, alínea e)];

5. Participação ativa dos associados (art. 55º, nº 3).

Estas notas correspondem às que a Constituição estabelece para a organização do poder político (art. 108º e ss.) – nem poderia deixar de ser assim, por um elementar motivo de congruência.

Os juízes, como quaisquer cidadãos, gozam do direito fundamental de associação nas suas diversas vertentes. Podem livremente participar em qualquer associação e constituir entre si associações de diferentes tipos. Com duas exceções: as relativas às associações políticas e aos partidos políticos e às associações sindicais.

¹⁴ Cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional nº 38/84, de 11 de abril, in: *Diário da República*, 1ª série, de 7 de Maio de 1984, e nº 328/92, de 14 de Outubro, *ibidem*, 1ª série A, de 12 de Novembro de 1992.

Ser membro de uma associação política ou de um partido envolveria a quebra de isenção e, portanto, de independência dos juízes. Entrar, por via direta ou indireta, no contraditório político-partidário atingiria profundamente o caráter simbólico da sua função. E, não por acaso, até autores que põem em dúvida a legitimidade constitucional das restrições aí existentes reconhecem que tal intervenção não poderia deixar de afetar a representação social de independência e de imparcialidade dos juízes.¹⁵

As leis judiciárias são bem claras, com uma ou outra variante, em vedar aos juízes em exercício desempenhar funções em órgãos de partidos, de associações políticas e de fundações com elas conexas e desenvolver atividades político partidárias de caráter público¹⁶. E até deveria ir mais longe, impedindo a própria inscrição. Assim como todas as leis eleitorais os declaram inelegíveis para qualquer cargo político, em âmbito nacional, regional ou local.¹⁷⁻¹⁸

No tocante às associações sindicais, basta transcrever os preceitos constitucionais, que se lhes referem, para se aperceber da inadequação de associações sindicais de juízes:

Artigo 55º (Liberdade sindical)

É reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses.

No exercício da liberdade sindical é garantido aos trabalhadores, sem qualquer discriminação, designadamente:

1. A liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis;
2. A liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotizações para sindicato em que não esteja inscrito;
3. A liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais;
4. O direito de exercício de atividade sindical na empresa;
5. O direito de tendência, nas formas que os respetivos estatutos determinarem.

¹⁵ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, II, p. 589.

¹⁶ Art. 11º do Estatuto dos Magistrados Judiciais aprovado pela Lei nº 11/85, de 30 de Julho; art. 28º da Lei nº 28/82, de 15 de novembro (quanto ao Tribunal Constitucional); art. 27º da Lei nº 98/97, de 26 de agosto (quanto ao Tribunal de Contas); art. 57º do estatuto dos tribunais administrativos e fiscais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro (por remissão genérica).

¹⁷ Art. 5º da Lei nº 14/79, de 16 de maio; art. 5º da Lei nº 267/80, de 8 de agosto; art. 6º da Lei Orgânica nº 1/2001, de 14 de agosto; art. 5º da Lei Orgânica nº 1/2006 de 13 de fevereiro. Só a lei eleitoral para o Presidente da República (ainda hoje Decreto-Lei nº 1/76, de 3 de maio) não prevê inelegibilidade.

¹⁸ Ainda de *jure condendo*, em defesa de um princípio de isenção política, o próprio exercício do cargo de Presidente da República e de membro do Governo ou dos Governos regionais deveria implicar o afastamento dos juízes do serviço efetivo, não sendo a ele possível regressar (diferentemente, já o art. 11º, nº 2, do Estatuto dos Magistrados Judiciais).

As associações sindicais devem reger-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição a qualquer autorização ou homologação e assentes na participação ativa dos trabalhadores em todos os aspetos da atividade sindical.

As associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e de outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

As associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à proteção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.

Artigo 56º (Direitos das associações sindicais e contratação coletiva)

Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.

Constituem direitos das associações sindicais:

1. Participar na elaboração da legislação do trabalho;
2. Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
3. Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
4. Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
5. Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a ações de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.

Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei.

A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficácia das respetivas normas.

Mas como o ponto, ao invés do que sucede com as associações políticas e os partidos, é controverso, importa dedicar-lhe um maior desenvolvimento.

3. Os juízes

Os que sejam trabalhadores para efeito de descrição do âmbito pessoal desses direitos não têm oferecido dúvidas à doutrina: direitos dos trabalhadores são os direitos dos trabalhadores subordinados: aqueles que prestam a sua atividade, mediante retribuição, por conta de outrem, independentemente da categoria deste (entidade privada ou pública) e da natureza jurídica do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública etc.).¹⁹

Escusado deveria ser lembrar-se de que os juízes não são trabalhadores subordinados. Não se acham em qualquer situação aproximável da dos trabalhadores das empresas privadas ou da Administração pública. Investidos na titularidade de órgãos de soberania, encontram-se perante o Estado poder numa relação de identificação. Não são empregados do Estado. Eles são – como o Presidente da República, os deputados e os ministros – o Estado a agir.

Nem a sua independência se confunde com a inerente às profissões livres ou profissões cujo exercício implica a autonomia individual e coletiva derivada do domínio de uma ciência ou técnica especialmente elevada²⁰. Aqui, a liberdade para determinar o modo e o conteúdo do ato profissional tanto pode caber no âmbito de profissões liberais ou de trabalho independente como desenvolver-se em regime de trabalho subordinado; há sempre liberdade de escolha de meios, nem sempre liberdade de escolha de resultados.

A magistratura judicial implica também o domínio muito qualificado de uma ciência: a ciência jurídica. Mas nela, a par da liberdade de escolha de meios, há liberdade de escolha de resultados. Porque se trata de dizer o Direito (ou porque a causa da atividade dos tribunais é a realização do Direito), nenhuma injunção concreta pode recair sobre os juízes e a própria obrigação de acatamento das decisões dos tribunais superiores decorre do sentido da função e no interior do sistema judiciário.

A independência dos profissionais liberais é meramente técnica. A dos juízes assume um alcance político (na acepção lata e mais nobre do termo), é uma independência de poder.

¹⁹ Na perspetiva constitucional, *cf.* MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978. p. 522; MOURA, José Barros. *A Constituição portuguesa e os direitos dos trabalhadores*, in: *Fronteira*, nº 10/11, abril/setembro de 1980, p. 18 e ss.; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores*. Lisboa, 1985; GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, I. p. 313 e 706; MEDEIROS, Rui. Anotação. In: *Constituição Portuguesa Anotada*, I, *cit.* p. 1048 e ss. Na perspetiva do Direito do trabalho, *cf.* FERNANDES, António Monteiro. *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*. 4a ed. Coimbra, 1981. p. 80 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, 1991. p. 107 e ss.; MESQUITA, Jose Andrade. *Direito do Trabalho*. Lisboa, 2003. p. 47 e ss.; GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho*, I. Lisboa, 2007. p. 81 e ss.; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho*. 2a ed. Coimbra, 2009. p. 15 e ss. e 313 e ss.; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 5a ed. Coimbra, 2010. p. 41 e ss. e 165 e ss.; LEITÃO, Luís Menezes. *Direito do Trabalho*. 2a ed. Coimbra, 2010. p. 11 e ss. e 115 e ss.; XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa, 2011. p. 33 e ss. e 291 e ss.

²⁰ *Cfr.*, por exemplo, MOREIRA, Adriano. *Direito Corporativo*. Lisboa, 1950-1951. p. 120 e ss.; SAVATIER, Rene. *L'Origine et le Développement du Droit des Professions Libérales*, in: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, 1953-1954. p. 46 e 74 e ss.; GIACOBBE, Giovanni. *Professioni Intellettuali*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXXV. p. 1065 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual...*, IV. 3a ed. Coimbra, 2000. p. 504 e ss.

Objetar-se-á que os juizes, diferentemente do Presidente da República, dos deputados e dos ministros, seguem uma carreira com progressão ao longo da vida e constituem um corpo profissional permanente. E há autores que, de certo modo, até desdobram o seu estatuto em duas faces: a de titulares de cargos públicos e a de trabalhadores.²¹

Não usufruindo de autonomia no que respeita à fixação das condições em que se processa o exercício da respetiva atividade funcional (v.g., salários, horário de trabalho, férias, segurança social, reforma, instalações etc.), eles encontrar-se-iam numa posição de dependência relativamente ao poder executivo. E, assim, o caráter profissional e subordinado da prestação da magistratura faria dos seus profissionais uma atividade que se integraria (embora não de forma absoluta) ao âmbito do emprego público.²²

Por um lado, tratar-se-ia de agentes que gozariam de um estatuto de soberania relativamente à atividade de interpretação e aplicação do direito; por outro lado, seriam profissionais que se encontrariam numa posição de dependência e, consequentemente, de conflito em relação à entidade que fixa as condições materiais de exercício da respetiva profissão – o que apontaria para a necessidade de estabelecer uma separação entre o plano do exercício da função judicial propriamente dita e o plano laboral.²³

Este dualismo (ou o que dele se pretende extrair) não assenta, no entanto, em suficiente base de sustentação.

Que haja uma carreira profissional, sem dúvida (nem se vê como pudesse ser doutra sorte em país de sistema romano germânico); só que carreira singular e irredutível a qualquer outra. Que se esteja diante de uma carreira profissional, sem dúvida; só que carreira na qual o poder disciplinar é um poder de exercício participado pelos próprios e em que as classificações atendem a rigorosos critérios intelectuais, sem tocarem, minimamente, no conteúdo decisório dos arestos emitidos (cfr. art. 34º do estatuto dos magistrados judiciais).

E, que não sejam os juizes a determinar as condições materiais do exercício da sua atividade, isso tão pouco os minoriza em confronto com o Presidente da República, os deputados e os ministros. Pois o estatuto dos juizes e dos demais titulares de órgãos de soberania, incluindo os aspetos remuneratórios e logísticos, entra na reserva absoluta da Assembleia da República [art. 164º, alínea m)], pelo que o Presidente da República e os ministros se encontram exatamente na mesma posição dos juizes. Nem pode obliterar-se

²¹ GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA. *Op. cit.* 3a ed. Coimbra, 1993. p. 286; FERNANDES, Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da função pública. Crise do modelo clássico de emprego público.* Coimbra, 1995. p. 254 e ss., e Gozam os magistrados do direito à greve? In: *Revista do Ministério Público*, abril-junho de 1993. p. 85 e ss. (este autor refere-se conjuntamente aos juizes e aos magistrados do Ministério Público); MARQUES, José Augusto Garcia. Poder e justiça em conflito, in: *Sub Judice*, julho/setembro de 2005. p. 39 e 40; CUNHA, Adriano. Associações sindicais dos magistrados (bloco normativo aplicável), in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 120. Aqueles dois primeiros autores, tendo em conta esse caráter profissional e permanente, pronunciam-se a favor do direito à associação sindical.

²² LIBERAL FERNANDES. Gozam... *Cit., loc.cit.* ps. 87 e 88.

²³ *Ibidem*, p. 89.

a existência dos mecanismos de controle do Estado de Direito, de que os tribunais são os protagonistas principais (*maxime* arts. 204º, 268º, nº 4 e 280º e ss. da Constituição).

Por outro lado, o Conselho Superior da Magistratura pode emitir parecer sobre diplomas legais relativos ao estatuto dos juízes, assim como estudar e propor providências legislativas com vista à eficiência e ao aperfeiçoamento das instituições judiciárias [art. 149º, alíneas c) e d) do estatuto] e de competência idêntica goza o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais [art. 74º, nº 2, alínea j) do estatuto aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro].

Sobretudo, porém, o que sobressai na carreira judicial (insista-se) vem a ser a sua vinculação umbilical ao funcionamento do Estado, o seu entrosamento com a autoridade do Estado, a sua adstrição à soberania.²⁴

Como nota António Pedro Barbas Homem, não é possível usufruir simultaneamente do melhor de dois mundos incompatíveis. Ser titular de um órgão de soberania e gozar do estatuto respetivo e simultaneamente beneficiar-se dos direitos sociais que o Estado de Direito coloca ao dispor dos trabalhadores subordinados.²⁵

A independência da magistratura – há quem acrescente – não se restringiria à garantia de que os tribunais não podem ser influenciados pelos restantes órgãos de soberania. Não deveria ser compreendida em termos puramente institucionais ou objetivos, mas igualmente na perspetiva das condições de trabalho e de vida dos magistrados.²⁶

Muito menos procedem estas considerações.

Que a independência possa ser encarada outrossim como independência política – donde as exigências de isenção político-partidária atrás a floradas – eis uma óbvia verificação. Mas que a independência deva ser tomada ainda como independência económica eis um equívoco. Uma coisa consiste em proporcionar aos juízes remunerações e condições de trabalho e de segurança social; outra coisa, rezear que, por as considerarem mais ou menos justas, eles possam decidir com maior ou menor independência. Não: o imperativo categórico do respeito pela dignidade da função há de sempre prevalecer, absolutamente.²⁷

²⁴ *Cfr.*, embora em contexto complexo, ALEXANDRINO, José de Melo. A greve dos juízes segundo a Constituição e a dogmática constitucional, *in: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, obra coletiva (coord. de Jorge Miranda), I. Coimbra, 2006. p. 775 e ss.

²⁵ Legitimidade, interesse público e independência do poder judicial, *in: Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 92.

²⁶ MARQUES, José Augusto Garcia. *Op.cit. Loc.cit.* p. 40.

²⁷ Escrevem também alguns que seria o contrato profissional com o Estado que legitimaria ao juiz o recurso à greve quando o contrato fosse violado (PAULO, Octávio Castelo *et alii*. O direito dos juízes à greve, *in: Público*, de 12 de outubro de 2005). Para os demais titulares de cargos soberanos, o problema teria solução intrassistémica: os Deputados legislarão, ou não, conforme lhes pudesse convir a alteração estatutária funcional; os ministros teriam a possibilidade política de orientar os seus regulamentos funcionais internos; o Presidente da República poderia promulgar, ou não, certas leis ou suscitar a sua constitucionalidade. E os juízes, com carreira profissional e, simultaneamente, titulares de órgãos de soberania, o que fariam? Remeter-se-iam ao silêncio e à passividade, por que não poderiam reagir dentro do sistema? Afigura-se inaceitável um entendimento como este. Não há contrato de nenhuma espécie, nem pode estar em causa a sua violação pelo Estado, visto que os juízes não são exteriores ao Estado. Nem pode presumir-se que

Independência é, sim, os juízes não exercerem, para além ou em vez da atividade jurisdicional, atividades que envolvam vínculos de qualquer ordem a outros órgãos de soberania ou a quaisquer entidades públicas ou privadas.

Por isso, a Constituição só excetua as funções docentes ou de investigação jurídica, não remuneradas (art. 216º, nº 3, *in fine*) – porque elas assentam num princípio de liberdade – a que a prática, desde a primeira Comissão Nacional de Eleições, tem acrescentado a presidência de entidades administrativas independentes (artigo 267º, nº 3) – porque ela é garantia do carácter próprio destas entidades.

Por isso, é claramente inconstitucional o art. 13º, nº 1, do Estatuto dos Magistrados Judiciais, ao colocar a par das funções docentes ou de investigação científica as funções diretivas em organizações sindicais.²⁸

Por isso ainda, a Constituição não admite que juízes em exercício possam ser nomeados para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente (art. 216º, nº 4) –, o que é fórmula já por si restritiva e que deve ser interpretada restritivamente, em nome da separação da função jurisdicional da função política e da administrativa.²⁹⁻³⁰

4. As restrições

O art. 270º da Constituição permite à lei:

[e]stabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados em serviço efetivo, bem como agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.

Logo, *a contrario*, poderia aduzir-se que infringiria a Constituição a restrição que consistisse em proibir que os juízes formassem sindicatos. Manifestamente,

deputados, ministros ou Presidente da República se orientem “conforme lhes possa convir”. Além de sujeitos a controlos jurídicos, eles respondem politicamente pelos atos e omissões no exercício das suas funções (art. 117º, nº 1).

²⁸ Assim como é inconstitucional o art. 10º, nº 3, sobre faltas.

²⁹ Não obstante, não têm sido poucas as autorizações (em menor número nos últimos anos) dadas a juízes para aceitarem cargos de nomeação governamental, seja em gabinetes ministeriais, seja no âmbito da Administração direta do Estado. E o acesso a tais cargos implica não só quebra de isenção político-partidária, mas também relações de trabalho menos conformes com a atitude institucional e mental inerente à vocação de juiz.

³⁰ *De jure condendo* seria mesmo de encarar a vedação absoluta de exercício por parte dos juízes de tais comissões de serviço (v. *Um Projecto de Constituição*, Braga, 1975, e *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, Lisboa, 1996; “Na hipótese de outra revisão constitucional”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra, 2010, p. 395 e ss.).

porém, sem razão, não só por causa da insuficiência ou possível falácia de qualquer argumento *a contrario sensu* como pelos motivos já apontados e ainda por a jurisprudência e a doutrina admitirem, além das restrições a direitos, liberdades e garantias expressamente consignados em preceitos da Constituição, outras restrições, fundadas em princípios constitucionais.³¹

De resto, a valer aquele argumento *a contrario*, seriam inconstitucionais as restrições à participação dos juizes em associações políticas e em partidos e as inelegibilidades atrás mencionadas, e ninguém o veio sugerir até agora nem razoavelmente o poderia fazer.

Por último, a *ratio* do art. 270º (não todo o elenco de restrições que contém) vale, em certa medida, para os juizes. Muito diferentes, nem por isso as funções institucionais de militares e juizes dentro do Estado deixam de justificar algumas restrições aos seus direitos como cidadãos, de muito menor alcance nos juizes do que nos militares.³² E há um paralelo ético de responsabilidade republicana que também assim o impõe, tal como impõe outrossim aos juizes um dever de reserva quanto à expressão pública de opiniões político-partidárias.

As restrições expressas não esgotam as restrições possíveis e necessárias. Eis o que resulta, quase à vista desarmada, da fluidez das formulações presentes no texto constitucional, da multiplicidade de situações ali não previstas e da relevância de bens jurídicos e princípios que nestas se projetam.

Pense-se só, por exemplo, no direito à greve.³³ Seria admissível, antes de 1997, uma greve do pessoal de Saúde que impedisse o tratamento de doentes ou sinistrados em perigo de vida ou uma greve por tempo indefinido dos controladores aéreos? Ou, hoje, uma greve dos militares (quando nem sequer os agentes dos serviços e das forças de segurança a podem fazer, por força do art. 270º)? Ou uma greve dos juizes? Ou pense-se nos direitos vindos de lei ou de tratado internacional e considerados fundamentais à luz do art. 16º, nº 1: não previstos na Constituição, também esta não poderia prever eventuais restrições, mas poderiam estar-lhes imunes? Ou, se se visse no art. 45º, nº 1, uma restrição, em como nada justificaria diferenciar o regime do direito de manifestação do regime do direito de reunião.

O art. 270º, de resto, é incompleto, porque os militares em serviço ativo não podem deixar de ter restrições quanto ao direito de deslocação e de emigração

³¹ Como sempre temos defendido: v. O regime dos direitos, liberdades e garantias, *in: Estudos sobre a Constituição*, III, p. 83 e 84; Manual..., IV, 4a ed., *cit.*, p. 370 e ss. A obra básica sobre a matéria é a de NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2a ed. Coimbra, 2011.

³² Também já escrevemos (O papel do juiz nas Constituições democráticas, *in: O papel do juiz na tradição ocidental*, obra coletiva (coord. de António Pedro Barbas Homem *et alii*), p. 278: os militares têm poder; logo, devem ter limites a esse poder; os juizes têm poder; logo, devem sofrer restrições como as ligadas à presença em certas associações. Limitar o poder, eis o cerne do constitucionalismo moderno.

³³ *Cfr.* GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 5a ed. Coimbra, 1991. p. 616; acórdão no 289/92 do Tribunal Constitucional, de 19 de setembro, *in: Diário da República*, 2a série, de 19 de setembro de 1992.

(art. 44º) e quanto à liberdade sindical (art. 55º). E a regra também deve abranger os militares em regime de contrato e de voluntariado.

Olha-se também ao art. 65º, nº 4, sobre solos urbanos. Não há aí um *numerus clausus* das medidas necessárias à satisfação dos fins de utilidade pública urbanística; afora a expropriação, pode haver outras que determinem restrições à propriedade – porque, como disse o Tribunal Constitucional, a autorização constitucional para restringir-se não identifica com a necessidade de referência textual explícita a certo e determinado instituto.³⁴

Ou, conforme se lê noutro acórdão do Tribunal Constitucional, quando a Constituição consagra um limite expresso, isso não implica que nenhum outro limite tenha sido desejado.

Este argumento, obviamente, não procede. Ele subentende que o limite expresso, ou a reserva de lei, é uma exceção e que existe uma regra que proíbe a existência de outras restrições além das expressas. A primeira premissa não é verdadeira. A reserva de lei do nº 2 é uma remissão da Constituição para a lei e não uma exceção constitucional a normas constitucionais.³⁵

5. Estado de Direito

Concluindo.

O associativismo judiciário é um fenómeno antigo em vários países, que em Portugal se tem desenvolvido desde 1974, e que tem granjeado consagração internacional.³⁶

Decorre, como já se disse, do exercício de um direito fundamental e tem mostrado virtualidades importantes como forma de congregação de pessoas sujeitas, muitas vezes, a penosos labores solitários, como veículo de aprofundamento de temas científicos e culturais e, inclusive, de questões de ordem profissional e como ponto de encontro para reflexões críticas acerca do funcionamento do sistema judiciário e das leis processuais e procedimentais que o regem.³⁷⁻³⁸

³⁴ Acórdão no 421/2009, de 13 de agosto, in: *Diário da República*, 2a série, de 22 de setembro de 2009.

³⁵ Acórdão no 254/99, de 4 de maio, in: *Diário da República*, 2a série, de 15 de junho de 1999. Há abundante jurisprudência (não uniforme): *cfr.*, entre outros, ainda, acórdão no 7/87, de 9 de janeiro, *ibidem*, 1a série, de 9 de fevereiro de 1987; ou acórdão nº 136/2005.

³⁶ *Cfr. os Princípios fundamentais respeitantes à independência da magistratura*, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 1985, em que se inclui a afirmação da liberdade de associação (8º).

³⁷ *Cfr.* AFONSO, Orlando. Considerações sobre o associativismo judiciário, in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 113 e 114.

³⁸ Sendo bem verdade que sem os juizes ou contra os juizes não é possível enfrentar a “crise da justiça”, que se arrasta há tantos anos. *Cfr. Por todos, Justiça em crise? Crises da justiça*, obra coletiva (org. de António Barreto). Lisboa, 2000; ou *Interrogações à justiça*, obra coletiva (coord. de Armando Gomes Leandro, Fernando Pinto Monteiro e José Gonçalves da Costa). Coimbra, 2003. Noutros países, *cfr.* AGUILAR, Juan F. López. *La*

Problema bem diferente vem a ser o do sindicalismo judiciário – como questão de princípio e como prática.³⁹

Em última análise, tudo está em saber se os juízes ainda se comportam como funcionários públicos (atitude bem marcante no tempo da Constituição de 1933⁴⁰, em que tudo dependia do ministro da Justiça) ou se preferem assumir-se como titulares de órgãos de soberania a par dos outros órgãos de soberania. Mas, mais do que isso, tudo está em saber se o Estado vai subsistir como unidade de poder e de serviço ou se vai enfrentar, no seu seio, ressaibos corporativos sob a veste de formas sindicais.⁴¹

Não está tanto em causa uma concretização do princípio da separação e interdependência (art. 111º, nº 1 da Constituição), de solidariedade institucional ou, em época de crise, de solidariedade nacional quanto uma afirmação da identidade do Estado de Direito democrático.⁴² Não tanto uma questão de relacionamento entre titulares de órgãos de soberania quanto de conjugação dos direitos fundamentais dos juízes com os direitos fundamentais dos cidadãos.

justicia y sus problemas en la Constitución. Madrid, 1996. p. 231 e ss.; ou CHIAPPETTI, Achille. Crisi della giustizia e della democrazia, in: *Percorsi Costituzionali*, 2, 2009. p. 35 e ss.

³⁹ Cfr. HOMEM, António Pedro Barbas. *Op. Cit. Loc. cit.* p. 92: O associativismo nasceu como sindical por motivos históricos. Mas permaneceu e permanece como sindical por uma lei que também é própria das coisas humanas: a da inércia. A história da fundação das associações de juízes e de procuradores não foi ainda contada e merecia ser objeto de estudo. Contudo, hoje em dia não existe nenhum fundamento constitucional nem exigência no plano dos factos para que estas associações continuem a denominar-se como sindicatos. De outro lado, as associações sindicais não atuam efetivamente como sindicatos, nomeadamente exercendo o tipo de atribuições que a Constituição e a lei reservam àqueles. Compreende-se assim esta dupla conclusão: de um lado, o associativismo dos juízes na defesa do aprofundamento do Estado de Direito é uma mais-valia; de outro, é um erro de consequências importantes para a perceção pública da justiça e da atividade de juízes e procuradores que estas associações sejam qualificadas como sindicatos. Neste sentido, os sindicatos judiciais parecem saídos de um mundo assente no conceito de luta de classes – em que, consequentemente, as restantes classes jurídicas e o próprio Estado de que os juízes e o Ministério Público são agentes só se podem ver como antagonistas, não como cooperantes na realização, necessariamente com perfis diversos de um designio comum e que é, obviamente, a justiça. Não é possível a reconstrução desse mundo comum com sindicatos e com a ideia de luta de classes. A legitimidade própria destas associações foi ainda posta em causa no passado próximo por decisões tão discutíveis no plano constitucional como erradas no plano social: a greve dos magistrados exprimiu do lado dos magistrados a aceitação prática de algo que não aceitam no plano dos princípios – a qualidade de trabalhadores ou funcionários públicos.

⁴⁰ FRAGA, Carlos. *Op. cit.* p. 622; ou RANGEL, Paulo de Castro. *Op. cit.* p. 175 (aludindo a duas faces de Jano).

⁴¹ Cfr. MAGALHÃES, Pedro Coutinho. Corporativismo, judicialização de política e “crise da justiça” em Portugal, in: *Revista do Ministério Público*, julho/setembro de 1999, p. 11 e ss.; ou, sob outro prisma, NOGUEIRA, José Duarte. O poder judicial nas cesuras da perversão democrática do poder, in: *Associativismo e sindicalismo judiciário*. p. 49.

⁴² Até tendo em conta que a justiça é a instituição mais simbólica do Estado (VEIGA, Miguel. Da crise da justiça – algumas causas da sua asfixia, in: *Justiça em crise? Crises da justiça*. p. 395.

Transplante de órgão e doador falecido sem documento com foto

Organ transplant and deceased donor with no photo ID

José Marinho Paulo Junior*

Resumo

Transplantes de órgãos de doador falecido não dependem de verificação de identidade por meio de documento com foto. De acordo com a legislação brasileira, a identificação pessoal do doador pode ser feita por meio de outros documentos públicos, tais como certidões de casamento ou nascimento. De modo inverso, documentos com fotos podem não ser suficientes para afastar dúvida sobre identidade do doador. Ademais, declaração familiar pode, em determinadas circunstâncias, ser aceita. Interpretação em defesa da Vida. Interpretação constitucional a favor da Vida.

Abstract

Photo ID checks of the deceased donor should not be required for organ transplant procedures. According Brazilian Law, personal identification may be verified by other public documents, such as birth or marriage certificates. Reversely, a photo ID check is not always enough to clarify doubts about donor identity. Furthermore, family statement might be, under certain circumstances, accepted. Pro-life constitutional interpretation.

Palavras-chave: Transplante. Doador falecido. Identificação pessoal. Documento com foto.

Keywords: *Organ transplant. Deceased donor. Personal identification. Photo ID.*

É voz corrente entre inúmeras Coordenações de Transplante de nosso país que a doação de órgão só pode ocorrer mediante prévia apresentação de documento público com foto. A crença comum, no entanto, é de todo equivocada.

Ab initio, tenha-se que a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, estabelece, de fato, que: “Art. 6º É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.”

* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista pelo *Justice Institute of British Columbia* (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

E o Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017, que regulamenta a referida lei, realmente dispõe que:

Art. 21. Fica proibida a doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano em casos de não identificação do potencial doador falecido.

Parágrafo único. Não supre as exigências do *caput* o simples reconhecimento de familiares se nenhum dos documentos de identificação do falecido for encontrado, exceto nas hipóteses em que autoridade oficial que detenha fé pública certifique a identidade.

Aliás, consta do sítio eletrônico da própria Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro que:

Quem pode e quem não pode ser doador? A princípio, qualquer pessoa pode ser doadora de órgãos e tecidos. Constatado o falecimento, uma avaliação clínica cuidadosa definirá quais órgãos e tecidos estão viáveis para transplante. Lembrando que história previa de hepatite não impede a doação de órgãos e que uma equipe médica irá avaliar cada caso. Indivíduos sem identificação e aqueles que não possuam documento oficial de Identidade com foto não podem ser doadores. Pessoas sem parente maior de 18 anos que possa assinar o Termo de Autorização Familiar não podem ser doadoras. (Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Conteudo/Duvidas.aspx#orgaos>. Consultado em: 07 maio 2019.)

Cuida-se, em verdade, de conclusão absolutamente incorreta: não há óbice legal ao prosseguimento do procedimento para transplante pelo simples fato de não se localizar documento com foto do doador falecido. O que a lei exige é que o doador esteja identificado^{1,2} – com ou sem fotografia. Tudo e apenas isto.

¹ Tenha-se que, a rigor, sequer se exige a identificação CIVIL do falecido, mas sim sua IDENTIFICAÇÃO (PESSOAL). De todo modo, ainda quando se interprete o dispositivo para que se limite o transplantes de órgãos de falecidos identificados civilmente (o que parece *ultra legem*), não haverá o óbice acima mencionado, como adiante será demonstrado.

² Andou mal o Sr. Presidente ao editar o Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017 e ceifar, contra o espírito altivo da Lei de Transplantes, a singela possibilidade – desburocratizada, ágil, tradicional e segura – de desvencilhar a identificação pessoal para fins de transplante da identificação civil (para outros fins). Bastaria, quando não identificado civilmente e, nada obstante, dúvida não houvesse sobre sua identidade, a prévia coleta de amostras datiloscópicas e fotográficas do doador, tal como se dá na Lei Federal nº 12.037/2009 (por seu artigo 5º), na Lei Federal nº 8.501, de 30 de novembro de 1992 (por seu artigo 3º) e, em parte, pela Lei de Registros Públicos (em seu artigo 81) – esta última, aliás, veio a ser suplementada pela Recomendação CNJ nº 19, de 25 de março de 2015, que indica que a confirmação da identidade será

Ora, a longeva Lei nº 5.553, de 06 de dezembro de 1968, que dispõe sobre a apresentação e o uso de documentos de identificação pessoal, é absolutamente clara em dispor que:

Art. 1º A nenhuma pessoa física, bem como a nenhuma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, é lícito reter qualquer documento de identificação pessoal, ainda que apresentado por fotocópia autenticada ou pública-forma, inclusive comprovante de quitação com o serviço militar, título de eleitor, carteira profissional, *certidão de registro de nascimento*, *certidão de casamento*, comprovante de naturalização e carteira de identidade de estrangeiro. (g. n.)

Tenha-se, em clareza solar, que, para fins legais, tanto a CERTIDÃO DE CASAMENTO como a de NASCIMENTO constituem documento de identificação pessoal. E isto não causa nenhuma estranheza, na medida em que a própria cédula de identidade civil, para ser confeccionada, depende tão apenas de certidão de nascimento ou de casamento – ambas, vale aqui a nota, desprovidas de fotos.

Lembre-se, neste passo, da Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, que assim expressamente dispõe: “Art 2º - Para a expedição da Carteira de Identidade de que trata esta Lei não será exigida do interessado a apresentação de qualquer outro documento, além da certidão de nascimento ou de casamento.”

Seria absolutamente paradoxal permitir a confecção de documento de identidade civil com base em nada além de uma destas certidões e, em contrapasso, entendê-las como inaptas a identificar alguém.

Aliás, a Lei nº 6.206, de 07 de maio de 1975, dá valor de documento de identidade às carteiras expedidas pelos órgãos fiscalizadores de exercício profissional SEM exigir que estas contenham fotografia.³

E a identificação pessoal sem foto não se dá apenas por meio das certidões de casamento ou nascimento. Não é algo inusitado. Vale mesmo o paralelo com a qualificação por meio do documento do Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF), disponível para emissão *online* pelo sítio eletrônico da Receita Federal.⁴ Não por outra, o artigo 80 da LRP estabelece:

feita mediante confronto datiloscópico ou exame de DNA. Perdeu-se oportunidade de desburocratizar a atuação estatal. Uma pena.

³ Art. 1º É válida em todo o Território Nacional como prova de identidade, para qualquer efeito, a carteira emitida pelos órgãos criados por lei federal, controladores do exercício profissional.

⁴ Consulte-se: <http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-de-pessoas-fisicas-cpf/servicos/comprovante-de-inscricao-no-cpf>.

Art. 80. O assento de óbito deverá conter: 1º) a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento; 2º) o lugar do falecimento, com indicação precisa; 3º) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; 4º) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos; 5º) os nomes, prenomes, profissões, naturalidade e residência dos pais; 6º) se faleceu com testamento conhecido; 7º) se deixou filhos, nome e idade de cada um; 8º) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; 9º) lugar do sepultamento; 10º) se deixou bens e herdeiros menores ou interditos; 11º) se era eleitor; 12º) pelo menos uma das informações a seguir arroladas: número de inscrição do PIS/PASEP; número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual; número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS; número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor; número do título de eleitor; número do registro de nascimento, com informação do livro, da folha e do termo; número e série da Carteira de Trabalho.

E não se diga que o CPF seria apenas ali informação algo acidental (sequer obrigatória) de assento de óbito, inapta a identificar alguém. Basta ler o Provimento CNJ nº 61/2017, que dispõe justamente sobre a obrigatoriedade de informação do número do Cadastro de Pessoa Física (CPF) enquanto dado necessário à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos.⁵

Fosse diferente, interpretação sistemática do ordenamento levaria ao absurdo de corpos de pessoas falecidas com endereço certo e com identidade conhecida unicamente por meio de CPF ou certidões de nascimento ou de casamento, cercadas por suas famílias ainda em luto, pudessem ser utilizados para fins de estudos ou pesquisas científicas, tal como alvitado pela Lei Federal nº 8.501, de 30 de novembro de 1992.⁶

⁵ Art. 1º. Estabelecer a obrigatoriedade de informação do número do CPF, do CNPJ e dos dados necessários à completa qualificação das partes nos feitos distribuídos ao Poder Judiciário e aos serviços extrajudiciais em todo o território nacional. Parágrafo único. As obrigações que constam deste provimento são atribuições dos cartórios distribuidores privados ou estatizados do fórum em geral, bem como de todos os serviços extrajudiciais. Art. 2º. No pedido inicial formulado ao Poder Judiciário e no requerimento para a prática de atos aos serviços extrajudiciais deverão constar obrigatoriamente, sem prejuízo das exigências legais, as seguintes informações: I – nome completo de todas as partes, vedada a utilização de abreviaturas; II – número do CPF ou número do CNPJ; III – nacionalidade; IV – estado civil, existência de união estável e filiação; V – profissão; VI – domicílio e residência; VII – endereço eletrônico. Art. 3º. O disposto no artigo anterior aplica-se aos inquéritos com indiciamento; denúncias formuladas pelo Ministério Público; queixas crime; petições iniciais cíveis ou criminais; pedido contraposto; reconvenção; intervenção no processo como terceiro interessado; mandados de citação, intimação, notificação, prisão; e guia de recolhimento ao juízo das execuções penais.

⁶ “Art. 2º O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico. Art. 3º Será destinado

Em leitura sistêmica do ordenamento, assim bem se compreende o motivo pelo qual a Lei Federal nº 12.037/2009, em seu Art. 2º, VI, ampliou o conceito de “identidade civil”, admitindo documentos outros. Vale a transcrição:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Dito tudo isto, cabe uma ressalva: *a ausência de uma foto pode – embora não necessariamente deva – levar à dúvida sobre a identidade do falecido*. E, da mesma forma e sem estranheza, uma foto antiga em um documento válido pode incutir funda dúvida sobre a real identidade do *de cuius*.⁷

A foto, portanto, não é nem requisito fundamental para identificação civil, tampouco panaceia para todos os males de dúvida de identidade – por vezes, como no exemplo acima, turva ainda mais o ambiente de certeza.

Daí porque bem andou o Decreto Federal nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018, que, ao regulamentar a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, assim estabeleceu:

Art. 19. A Carteira de Identidade poderá ter a validade negada pela: I - alteração dos dados nela contidos, quanto ao ponto específico; II - existência de danos no meio físico que comprometam a verificação da autenticidade; III - alteração das características físicas do titular que gere dúvida fundada sobre a identidade; ou IV - mudança significativa no gesto gráfico da assinatura.

Parágrafo único. Se o titular for pessoa enferma ou idosa, não poderá ser negada a validade de Carteira de Identidade com fundamento nos incisos III e IV do *caput*.

Neste mesmo sentido, tenha-se o disposto pela Lei Federal nº 12.037/2009:

para estudo, na forma do artigo anterior, o cadáver: I - sem qualquer documentação; II - identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais.”

⁷ Traga-se à baila autoexplicativa manchete de notícia jornalística que dá bem o tom de nossa exposição: “Documentos com fotos antigas ou danificados devem ser substituídos: A função de todos os documentos é identificar. Por isso, se a foto for antiga ou o papel estiver em mau estado, eles podem não ser aceitos em bancos, empresas ou órgãos públicos.” (Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2011/02/documentos-com-fotos-antigas-ou-danificados-devem-ser-substituidos.html>. Consultado em: 05 maio 2019.)

Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Por óbvio, não se adota aqui entendimento pueril: para muito além do transplante, a morte importa, por exemplo, a herdeiros e a criminosos. Alguns destes últimos, em busca de extinção de punibilidade, podem criar fórmulas mirabolantes para obter uma certidão falsa em seu favor.

Neste passo, releva divisar o procedimento de transplante da lavratura da certidão de óbito, cada qual com suas peculiaridades, nada impedindo que recebam tratamento jurídico diverso – como, afinal, o receberam.

Não há, portanto, nenhuma perplexidade por ser a lavratura de óbito condicionada à apresentação de documento original de identificação civil, nos moldes do Provimento CGJ nº 19/2018, que, alterando o artigo 787 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça (Parte Extrajudicial), o tem por indispensável para o ato.

Lado outro, nada impede, em casos pontuais e com sempre salutar bom senso, à vista de longas folhas de antecedentes, busque a Coordenação de Transplante elementos de convicção mais robustos. Nestes casos, mesmo o documento com foto atualizada pode ser insuficiente para dirimir dúvida que surja. Trata-se de aplicação analógica do art. 19 do Decreto Federal nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018, em sua forma combinada com o artigo 3º da Lei Federal nº 12.037/2009.⁸

⁸ Ambos acima transcritos.

Sob tal enfoque, ganha novo e luminoso sentido a vedação regulamentar⁹-¹⁰⁻¹¹ atinente ao simples reconhecimento de familiares. O epíteto ai (“simples”) traduz situações em que nada mais identifica o doador, restando apenas frágil declaração por familiar. Um reconhecimento isolado, ilhado em si mesmo, divorciado de qualquer outro elemento de identificação. Quando, todavia, o reconhecimento é “conjunto” ou “complexo” – para usarmos um antônimo qualquer – com outros documentos, afastando-se qualquer dúvida sobre a identidade do doador, óbice não há.

Noutras palavras, a interpretação *ex contrario sensu* da norma indica a possibilidade de declaração familiar somar-se a outros documentos e permitir a firme identificação do falecido. Entendesse de forma contrária, a vedação implicaria gravíssima violação ao sistema constitucional de proteção à vida e à saúde. E, como é cediço, a interpretação do texto legal há de se dar conforme a Constituição.¹²

E uma nota final: serve aqui a lição valiosa do mestre CALAMANDREI, Piero, que advertia desde antanho:

Como pode ser resolvido o angustiante dilema entre o cômodo conformismo, apegado ao que sempre foi decidido (*stare decisis*),

⁹ Tenho-a como *contra legem*. Isto porque o Decreto, a pretexto de regulamentar a vedação legal a transplante por doador sem identificação, cria proibição imprevista na lei, ceifando a possibilidade de declaração, sob as penas da lei, por familiares. Bem pior, exclui, de forma implícita e equivocada, o doador com prévia identificação criminal de pessoas, mas sem identificação civil, reduzindo o espectro de possíveis doadores e agravando o quadro de carência em nosso país.

¹⁰ *A latere*, a vedação regulamentar, em leitura literal, parece violar o primado da boa fé do administrado. E ainda é inócua: se o administrado poderia, de fato, declarar falsamente a identidade do parente morto, não lhe seria possível apresentar documento falso com foto e tudo? Todos estes cenários são possíveis, mas a Administração Pública não pode, sem elemento algum que lhe recomende precaução maior, pressupor que todos falseiam a verdade. O pio não pode pagar pelo pecador.

¹¹ *Vide* por todos o exauriente artigo *A boa-fé do administrado como fator restritivo da Discricionariedade* pelo eminente Professor da USP MARRARA, Thiago: “No direito administrativo contemporâneo, a boa-fé do administrado-cidadão exerce papel central. A boa-fé que se mostra relevante nesse cenário é, porém, a boa-fé subjetiva, ou seja, a crença do indivíduo na atuação legal, legítima, isonômica e moral da administração pública. Com efeito, se o Estado democrático se sustenta logicamente como ferramenta imprescindível à proteção da paz, da ordem e dos direitos fundamentais, nenhum sentido faria que pudesse atuar de maneira surpreendente, ignorando as expectativas legitimamente detidas pela sociedade ante as entidades que exercem função pública. Nos dias atuais, tal como explica Paulo Modesto, “a boa-fé é exigência a ser considerada com destaque pelo administrador nos casos de alteração de situações jurídicas subjetivas”. As condutas estatais devem ser realizadas de modo a “resguardar posições jurídicas de sujeitos de boa-fé e, além disso, reclamar lealdade da Administração e fidelidade à palavra empenhada”. Em regra, a necessidade de se impor o respeito à boa-fé do particular encontra fundamento maior na segurança jurídica e na consagração dos direitos fundamentais.” (*Op. cit.* ISSN 0034.8007 – rda – *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 259, p. 231, jan./abr. 2012.)

¹² Neste sentido, o jurista ANJOS, Luís Henrique Martins dos assim professa: “(...) traz a ideia de que essa interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal se justificaria no sentido de que é feita em respeito ao Princípio da Economia do Ordenamento, que é o mesmo Princípio do Máximo Aproveitamento dos Atos Jurídicos Normativos. Economia do ordenamento significa exatamente aproveitar o máximo da ordem jurídica; não é uma questão de presunção ou não presunção, esta interpretação é feita para dar a máxima utilidade ao ato jurídico. Vamos procurar salvar este ato jurídico, salvar, no sentido de que primeiro deve ser buscada a compreensão que coadune o texto normativo ao constitucional, ao invés de já declarar que é inconstitucional, mas procurar dar a aplicação do ato que não fira a Constituição.” (*A Interpretação Conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível na Internet: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>> e consultado em 09 de maio de 2019.)

e a consciência inquieta, que cada vez quer refazer seus cálculos? Tudo depende do juiz em que se produz o embate. O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo. (*In: Eles, Os Juízes, Vistos Por Um Advogado*).

O claudicante sistema de transplantes, em nosso país, já enfrenta enormes dificuldades estruturais, sociológicas, religiosas e culturais. Que, em um Estado demasiadamente burocratizado, não se perca uma só VIDA por falta de uma foto.

Fundamentos e controvérsias do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846/2013

Marcelo Zenkner*

Sumário

1. O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo. 2. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). 2.1. Noções gerais. 2.2. Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR. 2.3. Análise jurídica prévia à decisão. 2.4. Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão. 2.5. Recurso administrativo. 2.6. Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI). 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar os fundamentos do processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, bem como as controvérsias doutrinárias que gravitam em torno do tema. Busca, ainda, demonstrar que o direito à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo deve ser categorizado como de natureza transindividual, mais especificamente um direito difuso.

Palavras-chaves: Integridade. Probidade empresarial. Processo administrativo. Responsabilização. Pessoas jurídicas.

1. O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo

As escolhas éticas que são realizadas diuturnamente por qualquer pessoa e guardam correlação com a moralidade e a integridade repercutem no âmbito da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, citando Maurice Hauriou, explica que a moral comum é imposta aos homens para sua conduta externa, enquanto a

* Doutor em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – ES (FDV). Membro do Comitê de Medidas Disciplinares da Petrobras. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo. Ex-Secretário de Controle e Transparência do Estado do Espírito Santo. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) nos cursos de graduação e pós-graduação. Advogado especializado em Direito Público.

moralidade administrativa é imposta aos agentes públicos para sua conduta interna, de acordo com as exigências da instituição à qual se encontram vinculados e em prol do bem comum¹. A *moralidade administrativa*, por isso, encontra-se estampada como princípio regente de toda a Administração Pública, conforme previsão do *caput* do art. 37 da Constituição Federal brasileira, possuindo, inclusive, uma eficácia exógena para vincular não apenas os agentes públicos, mas também os particulares que com aqueles se relacionam:

Não obstante, para que se dê concretude ao princípio da moralidade administrativa, não se deve exercer o controle finalístico – interno e externo – das atividades administrativas exercidas, tão somente, por agentes do Estado. Atualmente, os mecanismos de controle dos atos violadores do princípio da moralidade administrativa, notadamente os relacionados aos atos de corrupção, se estendem aos agentes privados que financiam tais práticas. Nesse particular, é lícito falar-se em *eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa*. Em outros termos, embora os indivíduos não estejam compreendidos sob o princípio da legalidade administrativa – oponível tão somente à Administração Pública – a extensão dos efeitos do princípio da moralidade administrativa aos particulares – no âmbito da autonomia da vontade – está em conformidade com o Direito, ou seja, com o princípio da juridicidade.²

Pode-se dizer, assim, que a probidade³ é espécie do gênero moralidade administrativa, enquanto a improbidade, *a contrario sensu*, é uma *imoralidade administrativa qualificada*⁴, a qual pode ser praticada tanto por agentes públicos como por particulares, inclusive pessoas jurídicas. Em uma conceituação técnica, o termo *improbidade administrativa* pode ser compreendido como:

¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94. Ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa, o autor afirma que o agente público, ao atuar, deve decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas, em qualquer circunstância, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo fazer uma opção, também, entre o honesto e o desonesto.

² MOREIRA NETO; FREITAS. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 14, nº 156, fev. 2014. p. 5.

³ “A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, que significa aquilo que brota bem (*pro* + *bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Este uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrada a linguagem figurada. [...] Como derivação do designativo individual (*probus*), tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade” (GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 179).

⁴ OSÓRIO, F. M. *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

O ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação dos princípios que regem a Administração Pública.⁵

A doutrina brasileira consagra a tese de que a higidez da Administração Pública e de suas relações com os particulares se insere na categoria dos chamados *direitos e interesses difusos*⁶, pois se trata de um direito indivisível, cuja titularidade pertence a todos indistintamente e sua violação afeta a sociedade como um todo⁷. Isso porque, além de repercutir na boa gestão pública e na efetivação de uma série de outros direitos fundamentais – como os relacionados à saúde e à educação –, o direito de as pessoas viverem em uma sociedade livre de corrupção tende a ser consagrado como um direito universal e inalienável. Não há dúvidas, portanto, de que o direito a uma Administração Pública proba, direcionada sempre ao interesse coletivo e à manutenção da moralidade em suas relações e contratações com particulares se insere no contexto dos chamados *direitos transindividuais*, na exata acepção de Gregório Assagra de Almeida:

Transindividualidade, supraindividualidade e metaindividualidade são conceitos que, no campo do direito, especialmente no aspecto da dimensão subjetiva da titularidade, se sobrepõem ao indivíduo para abranger uma *comunidade* ou uma *coletividade* de pessoas geralmente indetermináveis ou indeterminadas. [...] A transindividualidade dos direitos, portanto, é uma característica

⁵ NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. 3ª ed. São Paulo, Método, 2015. p. 9.

⁶ No Brasil, o inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990 traz o conceito legal de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

⁷ Paulo de Tarso Brandão, por exemplo, afirma: “É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitariamente, a desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou dos dissabores da má gestão do dinheiro público” (BRANDÃO, P. T. *Ação Civil Pública*. 2ª ed. Florianópolis: obra Jurídica, 1996. p. 122). Ao comentar as disposições do art. 25, inciso IV, letra “b”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Pedro Roberto Decomain profere idêntico entendimento ao reportar-se à expressão *patrimônio público e social*, inserida no art. 129, inciso III, da Constituição Federal: “Interessante salientar que, segundo a dicção do avertado dispositivo constitucional, o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza, o patrimônio público e social acha-se personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraído-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda a coletividade” (DECOMAIN, P. R. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: obra Jurídica, 1996. p. 151-152).

da sociedade massificada. Interesses ou direitos transindividuais são direitos ou interesses massificados, mas que possuem uma característica especial no plano do seu objeto: a *indivisibilidade*.⁸

Esse enquadramento é importante para que não haja nenhuma dúvida quanto à existência de interesse social na probidade dos negócios administrativos, a fim de garantir, em caso de lesão ou ameaça a esse direito, a efetividade da tutela jurisdicional pela via das ações coletivas. É por isso que o art. 6º da Lei Federal nº 7.347/85 dá a qualquer pessoa a possibilidade e impõe ao servidor público o dever de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção, enquanto o art. 7º da mesma lei confere aos juízes o dever de provocar o Ministério Público sempre que, no exercício de suas funções, tiverem o conhecimento de fatos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos direitos transindividuais, aí incluído o direito a uma Administração Pública proba.

2. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR)

2.1. Noções gerais

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e a Portaria CGU nº 910, de 7 de abril de 2015, regulamentaram, no âmbito federal, a Lei nº 12.846/2013 para tratar, mais especificamente, do procedimento afeto ao chamado *Processo Administrativo de Responsabilização – PAR* –, o qual, submetido às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tem por objetivo apurar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por eventuais atos lesivos capitulados na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Trata-se, como o próprio nome indica, de instrumento de natureza extrajudicial pelo qual poderão, ao final, ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013 e, havendo subsunção do ato lesivo em apuração com os ilícitos da Lei nº 8.666/93, também as sanções administrativas nesta previstas.

No tocante à competência administrativa para instauração, processamento e julgamento, esta cabe à autoridade máxima da autarquia ou fundação pública em face da qual foi praticado o ato lesivo ou, em se tratando da administração direta, do seu Ministro de Estado (no plano estadual e municipal, Secretários Estaduais e Municipais), conforme prevê o art. 8º da LIPJ. A questão jurídica que preliminarmente se estabelece nessa seara envolve a discussão em torno da existência de eventual poder administrativo sancionatório das empresas públicas e sociedades de economia mista para processar e julgar atos lesivos contra si praticados por outras pessoas jurídicas que, muitas vezes, atuam inclusive no mesmo ramo empresarial.

⁸ ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 473-474.

Isso porque, de acordo com o art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, as empresas estatais sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, exclui-se destas o poder de aplicar sanções aos administrados, pessoas naturais ou jurídicas⁹, pois isso lhes daria uma vantagem competitiva não admitida pelo texto constitucional, violando as regras de livre mercado. Aliás, a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) traz apenas a possibilidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista aplicarem sanções pelo atraso injustificado na execução do contrato ou, então, pela inexecução total ou parcial do contrato (arts. 82 e 83).

No âmbito federal, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União¹⁰ possui *competência exclusiva* para instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à Administração Pública estrangeira (art. 9º da LIPJ). Ao mesmo tempo, possui *competência concorrente* para instaurar e julgar os processos administrativos de responsabilização e, simultaneamente, poderá avocar os processos instaurados por outros órgãos para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento, inclusive aplicando a penalidade administrativa cabível (art. 8º, §2º, da LIPJ). Tal avocação poderá ocorrer nas seguintes circunstâncias: a) caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; b) inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou na entidade de origem; c) complexidade, repercussão e relevância da matéria; d) valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade atingida; ou e) apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou de uma entidade da Administração Pública federal (art. 13, §1º, do Decreto nº 8.420/2015).

O PAR poderá ser precedido por procedimento investigatório de caráter sigiloso, inquisitivo e não punitivo, o qual terá o objetivo de coletar provas de autoria e materialidade dos atos lesivos à Administração Pública federal, sendo sempre conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos e, quando os quadros funcionais não forem formados por estatutários, por dois ou mais empregados públicos. O prazo para conclusão da investigação não pode exceder 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogável por igual período mediante requerimento fundamentado dirigido à autoridade instauradora, sendo que, ao final, o procedimento apuracional será concluído com pedido de arquivamento ou encaminhamento à autoridade competente para decisão de instauração do PAR (art. 4º, §§ 1º a 5º, do Decreto nº 8.420/2015).

⁹ “A aplicação de medidas punitivas aos particulares, pessoa jurídica ou natural, é privativa de entidades de Direito Público, porque o poder sancionatório é decorrência da chamada potestade administrativa, que somente pessoas jurídicas de Direito Público detêm.

Disso decorre que empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de serem entidades do poder executivo, não a exercem nem podem exercê-la e, conseqüentemente, não podem instaurar processos administrativos punitivos e muito menos aplicar sanções, como ocorre com o exercício do chamado poder de polícia”.

(GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade [blog post]. *Blogs*: Fausto Macedo – Estadão, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorruptao-contem-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 30 de novembro de 2016).

¹⁰ A Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, convertida posteriormente na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, extinguiu a Controladoria-Geral da União e criou o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, o qual assumiu todas as funções daquela.

2.2. Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR

O primeiro ato administrativo afeto a um processo administrativo de responsabilização é a publicação da portaria inaugural. Entretanto, esse ato administrativo deve ser praticado com extrema cautela pela comissão processante, preferencialmente fazendo-se referência apenas às letras iniciais da pessoa jurídica, a fim de que ela não sofra uma sanção antecipada. Isso porque a simples *publicação* da portaria inaugural de um PAR já poderá gerar uma gravíssima crise de imagem para as sociedades empresárias, com consequências econômicas devastadoras, como, por exemplo, a queda do valor das ações em bolsas de valores ou a extinção de contratos com parceiros comerciais. Apesar de não se tratar de um ato administrativo sigiloso, deve ser ele praticado de modo reservado e com discrição.

Assim como acontece no procedimento de investigação preliminar, a portaria inaugural do PAR já deverá trazer a designação da comissão processante, composta por dois ou mais servidores estáveis (ou empregados públicos com, no mínimo, três anos de tempo de serviço). É muito importante que os membros da comissão processante a ser constituída atentem para eventuais conflitos de interesses que possam surgir entre a atuação em determinado processo e questões de cunho pessoal. Assim, por exemplo, se uma determinada empresa com ações em bolsas de valores está sendo processada administrativamente, os membros da respectiva comissão processante, na gestão de seus negócios privados, devem manter inalteradas as posições de seus investimentos em ações daquela empresa para não incorrerem no ato ilícito previsto no inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813/2013¹¹, uma vez que, em razão da respectiva atuação, terão acesso a informações privilegiadas¹².

A portaria de instauração do PAR deverá trazer apenas uma descrição sucinta do objeto da apuração, não havendo, nesse procedimento, qualquer violação do contraditório ou da ampla defesa. Isso porque, após a instalação da comissão, será a pessoa jurídica devidamente *intimada*¹³ para que possa acompanhar todos os atos instrutórios, o que poderá ser feito inclusive por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos (art. 13, *caput* e §1º, da Portaria CGU nº 910/2015).

¹¹ Art. 5º da Lei nº 12.813/2013. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; [...].

¹² É nesse sentido, inclusive, o Memorando-Circular nº 60/2014/SE/CGU-PR, de 20 de novembro de 2014, expedido pela Secretaria-Executiva da Controladoria-Geral da União.

¹³ Art. 7º do Decreto nº 8.420/2015. As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da identificação oficial, observado o disposto no Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. §1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital. §2º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

Aliás, acerca da contagem dos prazos no processo administrativo de responsabilização, as regras a serem observadas são as da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que trata do processo administrativo)¹⁴ e não as do novo Código de Processo Civil (que trata do processo judicial). Orientação nesse sentido vem, inclusive, expressa no art. 7º do Decreto nº 8.420/2015.

Em função dos rigores da Lei nº 12.846/2013, é muito importante que as empresas, ao serem intimadas, reconheçam suas limitações e cooperem com informações que auxiliem no andamento do processo. Quanto mais transparente, colaborativa, franca e aberta for a companhia em um momento de crise, maior será sua credibilidade do ponto de vista da autoridade responsável pela eventual aplicação da sanção. Além disso, esse comportamento também se refletirá na imagem da empresa perante os consumidores e a sociedade¹⁵.

Durante a tramitação do PAR – que não poderá exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora (art. 9º do Decreto nº 8.420/2015) –, a comissão processante poderá utilizar-se de todos os meios de prova admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos, sendo que, para o devido exercício de suas funções, poderá: a) requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, do respectivo ente público (art. 10, §1º, da LIPJ); b) propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação (art. 10, §2º, da LIPJ); e c) solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame (art. 9º, §2º, inciso II, do Decreto nº 8.420/2015).

Encerrada a instrução probatória inicial, a comissão processante deverá, se for o caso, documentar a tipificação da conduta entre os atos lesivos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, com a narrativa minuciosa dos fatos e a indicação das provas a ele relacionadas. Depois, a pessoa jurídica será intimada para, no prazo de *trinta dias*, apresentar *defesa escrita*, equivalente a uma contestação, e especificar eventuais provas

¹⁴ Art. 66 da Lei nº 9.784/99. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. §1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal. §2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo. §3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67 da Lei nº 9.784/99. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

¹⁵ Mário Rosa, sobre os valores que podem contaminar positiva ou negativamente uma imagem, cita sugestões do consultor americano James Lukaszewski, propondo quatro ações práticas: “1) A percepção da opinião pública sobre como uma empresa ou um líder administram um problema conta mais do que os fatos; 2) Um plano de ação que signifique pedido de desculpas colocará muita gente do lado da organização ou da liderança rapidamente; 3) Erros e arrogância podem obscurecer as ações mais positivas; 4) Algumas poucas mensagens positivas importantes no começo ajudam a organização a se contrapor aos erros que a mídia sempre comete ao relatar situações desse tipo e aos erros da empresa ao responder” (ROSA, M. *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*. São Paulo: Geração Editorial, 2003. p. 182).

que pretenda produzir. É neste momento que a pessoa jurídica poderá suscitar em seu favor a existência de um programa de integridade efetivo implementado *antes* da ocorrência do ato lesivo, a fim de que possa se valer dos benefícios legais (art. 7º, inciso VIII, da LIPJ, e art. 18, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015). Deverá, para tanto, apresentar o *relatório de perfil* e o *relatório de conformidade do programa*, observando sempre os requisitos estampados nos arts. 3º e 4º da Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015.¹⁶

Se durante essa segunda etapa da instrução processual forem juntadas de novas provas pela comissão processante, a pessoa jurídica, em observância ao contraditório e à ampla defesa, terá oportunidade de apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, alegações escritas, mas deverá a defesa, neste caso, ficar circunscrita à análise dessas novas provas (art. 16 da Portaria CGU nº 910/2015).

Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará *relatório final* a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo (art. 9º, §3º, do Decreto nº 8.420/2015). O PAR, na sequência, segue para manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (art. 6º, §2º, da Lei nº 12.846/2013).

2.3. Análise jurídica prévia à decisão

Os autos do processo administrativo de responsabilização devem, ao final, ser submetidos à análise jurídica da Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público, condição absolutamente indispensável para a aplicação das sanções administrativas, nos termos do §2º do art. 6º da Lei nº

¹⁶ Art. 3º da Portaria CGU nº 909/2015. No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º da Portaria CGU nº 909/2015. No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do *caput* do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

12.846/2013. Essa análise jurídica, entretanto, deve ficar restrita à observância do devido processo legal administrativo¹⁷, devendo o parecer, assim, limitar-se à análise da observância do procedimento legal e do respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar a ocorrência de quaisquer nulidades processuais que, posteriormente, poderiam ser atacadas pela via judicial em caso de eventual condenação.

A análise do mérito ou da gradação das sanções a serem aplicadas, nessa fase, deve ser evitada pela Advocacia Pública ou órgão equivalente, já que, de acordo com o *caput* do art. 8º da LIPJ, o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabe exclusivamente à *autoridade máxima* de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A não ser assim, a autoridade máxima responsável terá o seu *livre convencimento* comprometido acerca dos fatos por um caráter praticamente vinculante do parecer jurídico, pois um eventual julgamento em sentido contrário a este certamente resultará em inevitável transposição da discussão do mérito para o Poder Judiciário, a fim de fazer prevalecer a posição da Advocacia Pública, seja pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica que suportar a condenação.

2.4. Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão

Após análise jurídica da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica, o processo administrativo, com o relatório final da comissão processante, será remetido à autoridade instauradora para julgamento (art. 12 da LIPJ), o qual não ficará vinculado à conclusão da comissão (art. 9º, §6º, do Decreto nº 8.420/2015).

Caso seja acolhida a imputação, a autoridade responsável pelo julgamento do PAR poderá condenar a pessoa jurídica, isolada ou cumulativamente, no pagamento de multa administrativa e na publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inciso I e II, da Lei nº 12.846/2013). Para que o julgador possa superar os conceitos vagos ou indeterminados presentes na redação do art. 7º da LIPJ e, assim, possa calcular a multa com um grau maior de precisão, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, criou um complexo sistema aritmético, que passa por cinco etapas: a) identificação da vantagem auferida ou pretendida; b) soma dos percentuais referentes às agravantes (art. 17); c) subtração dos percentuais referentes às atenuantes (art. 18); d) calibragem do valor mínimo da multa, qual seja, o *maior valor* entre a vantagem auferida (ou pretendida) e 0,1% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no mínimo, R\$6.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (art. 19); e) calibragem do valor máximo da multa, qual seja, o menor valor entre o triplo da

¹⁷ O princípio do devido processo legal na legislação brasileira, como direito fundamental, está previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e sua aplicação no processo administrativo está igualmente alçada à categoria de direito fundamental pelo inciso LV do mesmo art. 5º, o qual assegura aos litigantes em geral a observância do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ela inerentes, fortalecendo, assim, este importante instrumento da atuação administrativa-estatal.

vantagem auferida (ou pretendida) e 20% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no máximo, R\$60.000.000,00 caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (arts. 20 e 22, parágrafo único).

A autoridade administrativa incumbida do julgamento, na dosimetria das penalidades a serem aplicadas, deverá dar especial atenção para eventual tese defensiva de implementação prévia de um *programa de integridade efetivo* na pessoa jurídica, a qual, se confirmada, deverá importar em abrandamento na gradação das sanções em patamar superior ao das demais atenuantes. A devida avaliação a esse respeito já deve fazer parte integrante do relatório final da comissão processante, observando-se sempre os requisitos estabelecidos na Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015.

É importante ressaltar que a aplicação de sanções administrativas não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (art. 6º, §3º, da LIPJ), da mesma forma que o fato de a pessoa jurídica já ter reparado o prejuízo suportado pelo erário também não a isenta da aplicação das sanções (art. 13 da LIPJ). É importante destacar que esse ressarcimento não pode ser determinado na decisão final do PAR, devendo a autoridade julgadora apenas constatar sua ocorrência e, ao final, determinar que seja comunicada à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis.

Proferida a decisão administrativa pela autoridade julgadora no processo administrativo de responsabilização, deverá ela ser publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou da entidade pública responsável pela instauração do PAR (art. 10 do Decreto nº 8.420/2015).

2.5. Recurso administrativo

O sistema recursal do processo administrativo de responsabilização talvez seja o ponto de maior fragilidade de toda a regulamentação. Isso porque, de acordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Entretanto, o Decreto nº 8.429/2015 trouxe a esse respeito tão somente a seguinte previsão:

Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe *pedido de reconsideração* com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

Ora, *pedido de reconsideração* não é um recurso, mas uma simples petição pela qual se provoca o mesmo julgador a decidir novamente questões das quais poderia conhecer independentemente dessa provocação e, como se sabe, pacífica é a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula nº 473). Ainda que se considerasse o pedido de reconsideração um recurso, faltar-lhe-ia o *efeito devolutivo* para propiciar o reexame daquilo que foi decidido por outro órgão ou autoridade julgadora.¹⁸

A lacuna deixada pelo legislador a esse respeito não pode ser preenchida nem mesmo pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Isso porque o recurso administrativo ali regulado será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à *autoridade superior* (§1º do art. 56). Ora, como o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica já cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 8º, *caput*, da LIPJ), a aplicação da regra conduziria eventuais recursos administrativos, em tese, ao Presidente da República, ao Presidente do Congresso Nacional e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, o que, além de não atender ao mínimo critério de razoabilidade, criaria um enorme embaraço procedimental que não atende ao devido processo legal administrativo e viola o texto constitucional.¹⁹

A permanecer como está a legislação, toda a decisão emanada de um processo administrativo de responsabilização comportará a impetração de *mandado de segurança* perante o Poder Judiciário para discutir o seu mérito pelo simples fato de inexistir previsão legal de recurso administrativo próprio para impugná-la, conclusão essa que se extrai, *a contrario sensu*, do inciso I do art. 5º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.²⁰

¹⁸ “Chama-se *devolutivo* o efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. [...] Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão a *quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou *não existe* (como nos embargos de declaração) ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente após o juízo de retratação: assim no agravo retido (art. 523, §2º, na redação da Lei nº 9.139)” (BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 259-261).

¹⁹ “É interessante ainda lembrar que essa importância constitucional dos recursos não deve ser vista unicamente no plano do processo judicial. Também no processo administrativo, deve ser assegurado às partes o direito de recorrer das decisões proferidas pelos agentes públicos. O direito à ampla defesa não se restringe ao processo judicial, sendo a Constituição Federal, quanto a esse aspecto, expressa, quando se refere ao mencionado art. 5º, LV, aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*” (JORGE, F. C. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 29-20).

²⁰ Art. 5º da Lei nº 12.016/2009. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; [...].

2.6. Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI)

Transitada em julgado a decisão condenatória, uma série de providências devem ser adotadas pela autoridade administrativa julgada. Em primeiro lugar, deverá diligenciar no sentido de providenciar o registro das penalidades aplicadas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP – e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS –, conforme o caso (art. 21 da Portaria CGU nº 910/2015), observando-se sempre o procedimento regulado na Instrução Normativa CGU nº 2, de 7 de abril de 2015, que regula o registro de informações em ambos os cadastros.

O CNEP e o CEIS, mantidos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e criados pelos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846/2015, possuem por objetivo central reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (CNEP) e na Lei de Licitações (CEIS).

No que tange à multa administrativa eventualmente aplicada, caso não ocorra o pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública (art. 13, parágrafo único, da LIPJ), comunicando-se à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis. Além disso, se no relatório da comissão processante tiver ficado registrada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, deverá a autoridade julgadora encaminhá-lo ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas federais, ou ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da Administração Pública não abrangidos pelo inciso II (§5º do art. 9º do Decreto nº 8.420/2015).

Por último, no tocante à reabilitação, vale registrar que o *caput* do art. 9º da Instrução Normativa CGU nº 2/2015 estabelece que: “[o] registro de penalidade que contar com a informação de data final do efeito limitador ou impeditivo da punição será automaticamente retirado do CEIS ou do CNEP na data indicada”. Por outro lado, no tocante às penalidades registradas no CEIS com fundamento no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, no art. 33, inciso V, da Lei nº 12.527, de 2011, ou em quaisquer outras normas que exijam reabilitação, deverão as pessoas físicas e jurídicas interessadas pleiteá-la diretamente no órgão ou na entidade que aplicou a sanção, cabendo exclusivamente a estes a atualização do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, conforme prescrição do parágrafo único do mesmo artigo.

3. Conclusão

Apesar do regulamento de o processo administrativo de responsabilização ainda comportar várias outras frentes para reflexão e estudo, cingimo-nos a enfrentar apenas algumas delas, concluindo no sentido de que o instrumento em questão, cujo

destinatário é a pessoa jurídica que incorreu em qualquer dos atos lesivos descritos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, tem por vocação assentar os valores vinculados à integridade e à probidade administrativa e negocial.

Registre-se, por derradeiro, que o grande desafio na condução do processo administrativo de responsabilização pelas autoridades legitimadas por lei para tanto está não apenas na observância das regras inerentes ao devido processo legal administrativo e da preservação da segurança jurídica, mas, principalmente, na manutenção das atividades da empresa demandada, a fim de que possa ela continuar em pleno funcionamento e gerando empregos e dividendos para o País.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRANDÃO, P. T. *Ação Civil Pública*. 2ª ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DECOMAIN, P. R. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade [blog post]. *Blogs*: Fausto Macedo – Estadão, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorruptao-contem-inconstitucionalidade/>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

JORGE, F. C. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, D. F.; FREITAS, R. V. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 14, nº 156, fev. 2014.

NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

OSÓRIO, F. M. Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, M. A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem. São Paulo: Geração Editorial, 2003.

O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio *ad processum* ao litisconsórcio *ad actum*

Il trattamento processuale dei litisconsorzi: dallo litisconsorzio ad processum allo litisconsorzio ad actum

Ravi Peixoto*

Sumário

1. Introdução. 2. Litisconsórcio – noções gerais. 2.1. Litisconsórcio unitário. 3. O regime de tratamento do litisconsórcio. 3.1. Noções iniciais. 3.2. O reconhecimento jurídico do pedido. 3.3. Renúncia. 3.4. Revelia. 3.5. A produção probatória e o litisconsórcio. 3.6. A esfera recursal e o litisconsórcio. 3.6.1. A desistência, a renúncia e a aquiescência recursal. 3.6.2. Efeito expansivo subjetivo dos recursos. 3.6.2.1. Os limites subjetivos do efeito devolutivo recursal e as questões não meritórias incidíveis. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Este texto se propõe a fazer uma análise do regime processual do litisconsórcio. Em uma primeira parte, a proposta é a de analisar criticamente o regime especial e o comum do litisconsórcio a partir da perspectiva tradicional, do litisconsórcio *ad processum*. Posteriormente, em especial na seara recursal, passa-se a propor uma ideia de reformulação de um litisconsórcio *ad processum* para um litisconsórcio *ad actum* que estaria mais adequado às diferentes posições jurídicas ocupadas pelos litigantes na dinâmica do processo civil.

Sommario

Questo articolo si propone di analizzare il regime processuale dello litisconsorzio. In una prima parte, l'obiettivo è di analizzare criticamente il regime speciale e il comune dello litisconsorzio per una prospettiva tradizionale, quella dello litisconsorzio ad

¹ Agradeço às críticas dos amigos Carlos Frederico e Lia Carolina Batista Cintra, que foram essenciais para o aprofundamento dos temas tratados neste texto.

* Doutorando em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do Município do Recife. Advogado.

processum. Doppo, nello articolo, in speciale per i recorsi, l'oggetivo è di proporre l'uso dello litisconsorzio ad actum, più adeguato a le diverse posizione giuridiche occupate per le parti nella dinàmica dello processo civile.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Regime especial. Regime comum. Legitimidade *ad actum*. Litisconsórcio *ad actum*.

Parole chiave: *Litisconsorzio. Regime speciale. Regime comune. Legittimità ad actum. Litisconsorzio ad actum.*

1. Introdução

O litisconsórcio é um tema clássico, mas ainda envolto em diversas polêmicas. Sua adequada análise é imprescindível, especialmente em razão da repercussão da diferenciação entre seus regimes comum e unitário em diversos institutos processuais, desde a petição inicial até o trânsito em julgado da decisão.

Mesmo participando de um mesmo processo, existem diversas variações no tratamento dos litisconsortes a depender do regime a que estejam submetidos, comum ou unitário, o que não pode ser traduzido em uma fórmula simplista de total autonomia do regime comum e de total vinculação no regime unitário. O objetivo deste texto é analisar os principais momentos em que a diferenciação de tratamento entre os litisconsortes nos regimes comum e unitário é relevante e de que formas seus regimes acabam se confundindo.

O objetivo desse texto é analisar os principais momentos em que a diferenciação de tratamento entre os litisconsortes unitários e simples será relevante e de que formas elas influenciam umas nas outras.

Será perceptível, no decorrer deste texto, que a própria conceituação do fenômeno do litisconsórcio unitário tão apenas a partir do direito material e de forma estática deixa sem explicação satisfatória alguns reflexos processuais. Propõe-se, portanto, um redimensionamento do tema, especialmente na esfera recursal, permitindo que se analise o tema não apenas a partir da incidibilidade do objeto litigioso do processo, mas também a partir da incidibilidade das postulações de natureza processual.

2. Litisconsórcio – noções gerais

O processo litisconsorcial é um processo cumulativo subjetivo,² ou seja, uma situação em que estão reunidas mais de uma parte em um ou mais polos da relação processual. É imprescindível que elas guardem ao menos afinidade em relação ao objeto do processo, seja pela propositura, seja pela situação de demandados, seja

² Destaca Calmon de Passos que cumulação subjetiva seria um conceito sinônimo ao litisconsórcio (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no processo civil*. Salvador, 1952. p. 10).

por terem ingressado no processo por ordem do juiz, por pedido das partes ou de forma voluntária. Justifica-se esse arranjo processual na economia processual e na harmonia de julgados, de forma que em um processo seja resolvida mais de uma demanda e, ao mesmo tempo, evita-se que, caso seja ajuizado mais de um processo, haja conflito entre as decisões.³

Fazer menção ao litisconsórcio não significa dizer que as partes possuem interesses iguais ou que elas terão o mesmo resultado no processo. Há certa variação no tema, como se verá. Enquanto de um lado tem-se o litisconsórcio unitário, no qual há necessidade de tratamento homogêneo das partes, é possível que um litisconsorte seja o maior adversário do outro, o que se dá, por exemplo, no litisconsórcio eventual ou no alternativo. A título de exemplo, se há um acidente envolvendo três veículos e o condutor de um deles ajuíza uma demanda contra os outros dois, cada um dos litisconsortes passivos pode querer tentar demonstrar que a culpa é do outro. Nesse sentido, o litisconsórcio não significa necessariamente que os litigantes tenham interesses convergentes.⁴

De forma geral, o litisconsórcio pode ser ativo, quando houver mais de um autor, ou passivo, quando houver mais de um réu, e ainda bilateral, quando há mais de um autor e mais de um réu. Trata-se aqui de um critério meramente topológico.⁵ Pode ainda ser inicial, quando formado desde a propositura da demanda, ou ulterior, quando formado posteriormente, seja por iniciativa do juiz, das partes ou mesmo do terceiro.

O litisconsórcio também pode ser facultativo ou necessário. A primeira possibilidade ocorre quando as partes têm a faculdade de optar por sua formação, ou não. Na obrigatoriedade, essa opção inexistente e, em tal situação, impõe-se a litigância conjunta.

Há ainda a diferenciação entre o litisconsórcio comum e o unitário. No litisconsórcio comum, há uma relativa independência entre os atos e as omissões dos litisconsortes, caso em que a decisão também pode oferecer resultados diversos para cada um deles. No litisconsórcio unitário, por sua vez, a incidência da relação jurídica material em discussão faz surgir a exigência de (ou demanda) um regime processual diferenciado em que os atos e omissões que beneficiarem um devem beneficiar a todos e os atos e omissões prejudiciais só podem ser eficazes se forem prejudiciais a todos.

Também não se confundem o litisconsórcio necessário e o unitário. Enquanto o primeiro está relacionado com a obrigatoriedade de duas ou mais pessoas terem de atuar em um mesmo processo, o segundo caso está relacionado com o fato de uma determinada decisão tratar, ou não, os litisconsortes de maneira uniforme. Nada impede que o litisconsórcio seja necessário e não unitário, podendo estar baseado no regime comum. Em tal situação, a lei pode vir a exigir a atuação de litisconsortes, de

³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no processo civil... cit.* p. 11-12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 61.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 40-42.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 11.

forma que uma sentença defina todas as posições individuais, mas ao mesmo tempo cada uma das posições tenha inteira autonomia em relação às demais. E, por outro lado, nem todo litisconsórcio unitário será necessário, caso em que é denominado por Barbosa Moreira de impropriamente facultativo.⁶ Portanto, nem todo litisconsórcio necessário é unitário e nem todo litisconsórcio unitário é necessário.

2.1. Litisconsórcio unitário

No litisconsórcio unitário, há incidibilidade da relação jurídica entre os litisconsortes, posicionamento esse consagrado pelo art. 116 do CPC/2015.⁷ O litisconsórcio unitário pressupõe o mesmo objeto litigioso, não bastando que sejam apenas análogos, a exemplo de contribuintes que requerem ressarcimento em relação a um mesmo tributo.⁸ O que faz gerar a existência do litisconsórcio unitário é a possibilidade de contradição *prática* e não apenas *lógica* entre os capítulos de sentença, portanto, seria inviável que em uma ação de anulação de assembleia esta fosse invalidada para um dos acionistas e continuasse válida para os demais.⁹

Em regra, essa relação jurídica incidível advém do plano do direito material, a exemplo da ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público, caso em que o resultado há de ser idêntico para o marido e a esposa. No entanto, a relação jurídica pode ter natureza processual, a exemplo da propositura de ação rescisória para desconstituição de decisão por terceiro prejudicado, caso em que pode ser exigido litisconsórcio necessário e unitário no polo passivo e a matéria ser exclusivamente processual.¹⁰

No entanto, de uma forma ou de outra, o regime do litisconsórcio é sempre observado a partir do objeto litigioso do processo. Se, a partir do objeto litigioso, vislumbra-se que o resultado final há de ser uniforme para todos os litisconsortes, tem-se hipótese de litisconsórcio unitário; se o resultado pode ser diverso, o caso é de litisconsórcio comum. E é essa análise inicial que determinará qual será o regime processual das condutas processuais dos litisconsortes.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 132-134. No mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. I, p. 281.

⁷ “Observe-se, porém, que, mesmo nos casos em que o litisconsórcio seja unitário em virtude da natureza una e única da relação de direito material, haverá tantas relações processuais quanto sejam os litisconsortes, o que explica o fato de a causa prosseguir contra os litisconsortes restantes, se um ou alguns deles se retirarem do processo” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. vol. I. p. 200).

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 134.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* 144-145. Há quem entenda que o litisconsórcio unitário também ocorre nos casos em que há incidibilidade lógica: SICA, Heitor; BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva*. São Paulo: RT, 2013.

¹⁰ ARAÚJO, Fábio de Caldas. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo I. p. 558.

Verifica-se, então, que todo o regime processual dos litisconsortes é observado a partir de dois extremos: a postulação inicial e a decisão de mérito. O regime do litisconsórcio será o simples caso o objeto litigioso seja cindível e a respectiva decisão de mérito possa ser diversa para cada um deles e o regime será o especial caso o objeto litigioso seja incindível e a decisão de mérito deva ser uniforme para todos eles. As demais postulações não possuem, em tese, relevância nessa análise e o regime litisconsorcial e seus reflexos processuais são únicos no decorrer do processo. Ou seja, o litisconsórcio é sempre *ad processum* e jamais *ad actum*, fazendo com que o regime do litisconsórcio seja o mesmo desde o início do processo, não admitindo variações.

3. O regime de tratamento do litisconsórcio

3.1. Noções iniciais

Em regra, no litisconsórcio, prevalece a regra da independência entre os litisconsortes, de forma com que a conduta de um não possa interferir na do outro, situação que inclusive permanece consagrada na primeira parte do art. 117 do CPC, segundo o qual: “Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos”. Trata-se de diretriz histórica do processo brasileiro¹¹ e, igualmente, das codificações estrangeiras, a exemplo da França, Itália e Alemanha.¹² Esse é o regime comum do litisconsórcio.

No entanto, essa é uma regra dirigida ao regime comum do litisconsórcio. Caso seja hipótese de litisconsórcio unitário, os litisconsortes estarão envolvidos em uma relação jurídica incindível com diversos reflexos processuais, influenciando de que forma a conduta de um interfere na dos demais. Relembre-se que, no litisconsórcio unitário, a decisão de mérito deve ser uniforme, fazendo com que seja necessária uma análise cuidadosa da eficácia de cada ato dos litisconsortes.

Em tal situação, tem-se o regime especial do litisconsórcio, regido pela segunda parte do art. 117 do CPC, segundo o qual “no litisconsórcio unitário (...) os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”. A disposição normativa não é tão simples e depende de aprofundamento doutrinário para que venha a fazer sentido, sendo esse justamente o objetivo deste texto.

Um conhecido critério de sistematização do regime geral do litisconsórcio foi desenvolvido por Barbosa Moreira. De um lado, têm-se os atos determinantes, que são aqueles a que a lei confere influência decisiva no desfecho do processo, podendo consistir em condutas comissivas ou omissivas. Um exemplo do primeiro caso seria a desistência do processo e, do segundo, a ausência de oposição dos embargos à ação

¹¹ Destaca Elie Pierre Eid que essa tendência era observada desde a época das codificações estaduais, a exemplo de Santa Catarina (art. 506) e do Espírito Santo (art. 350), e foi mantida nas legislações nacionais. (EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*. São Paulo: RT, 2016. p. 169.)

¹² GUIMARÃES, Luiz Machado. *Litisconsórcio e desapropriação*. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. p. 264-267.

monitória. Por outro lado, existiriam as condutas alternativas, as quais não teriam aptidão para predeterminar, mesmo que parcialmente, o conteúdo da decisão final. As condutas alternativas seriam aquelas que buscam *possibilitar* condições para a conquista de uma situação de vantagem no processo, a exemplo do oferecimento da contestação, do ajuizamento de um recurso etc.¹³

O autor vislumbrava uma natural complementariedade entre as condutas *determinantes* e as *alternativas*, afirmando que, para cada conduta determinante, haveria uma alternativa. Por exemplo, a conduta alternativa da revelia seria o oferecimento da contestação.¹⁴

No caso do litisconsórcio unitário, *as condutas determinantes, para produzirem efeitos típicos, dependeriam de que todos os litisconsortes a adotassem*. Se apenas um deles, por exemplo, for revel, a revelia não produziria seus efeitos diante da contestação de um ou mais litisconsortes.¹⁵ Essa mesma regra deveria ser adotada em relação aos atos determinantes da parte contrária em face dos litisconsortes.¹⁶ Por outro lado, os comportamentos alternativos teriam a aptidão de estender os seus efeitos a todos os litisconsortes, mesmo que praticados por apenas um deles.¹⁷

Há quem adote a mesma nomenclatura, mas se utilize de conceito diverso, afirmando que conduta determinante é aquela que leva a uma situação desfavorável e, por isso, potencialmente lesiva. Por outro lado, alternativa seria aquela situação em que a parte almeja a melhora de sua situação, mas, nesse caso, trata-se de uma melhora que pode, ou não, ocorrer.¹⁸

Barbosa Moreira expressamente rejeita tal ponto de vista, pois, segundo o autor: i) nem sempre é viável caracterizar o comportamento determinante como favorável ou desfavorável, a exemplo da transação; e ii) o objetivo da legislação não é o de *tutelar* os litisconsortes omissos, mas tão apenas o de garantir uma solução homogênea do litígio.¹⁹

Dinamarco parece adotar um posicionamento intermediário ao indicar que a regra geral é a de que os atos desfavoráveis seriam um conjunto de atos praticamente idêntico ao dos determinantes e os potencialmente favoráveis seriam praticamente sempre os alternativos. E que a efetiva valia da contribuição de Barbosa Moreira seria a de que o critério por ele proposto “destaca-se especialmente nos casos em que se mostre difícil saber se o ato é vantajoso ou desvantajoso”.²⁰

A lógica por trás do regime especial é a de manutenção da uniformidade da decisão de *mérito*. Em outros termos, ela atuará apenas sobre aqueles atos que possuem aptidão de colocar em risco o resultado do processo.²¹

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 145.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 161-162.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 171-172.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 174.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 161-162.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 1. p. 528.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 175.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 147.

²¹ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 173.

A questão da limitação da eficácia de alguns atos tem por base a noção de *legitimidade ad actum*, a qual teria relação com os atos determinantes e justificaria a necessidade de concordância de todos os litisconsortes unitários para que determinado ato fosse eficaz. O atributo da legitimidade vem deixando de ser verificado tão apenas *ad causam* para estar relacionado a cada ato processual específico, inclusive como forma de acompanhar o dinamismo da relação processual. Se o objetivo da legitimidade é o de verificar a pertinência subjetiva no exercício das funções processuais, trata-se de atributo que só pode ser verificado em “cada caso concreto e para cada ato processual”.²²

A legitimidade é um atributo que verifica se o sujeito tem a titularidade da situação jurídica a ser modificada, não podendo determinar, de forma isolada, alteração na situação jurídica alheia.²³ Tendo por base tal construção jurídica, torna-se mais lógica a acepção de que “inexiste legitimidade para atos desfavoráveis ou determinantes para além da esfera jurídica do agente”.²⁴

Feitas tais considerações introdutórias ao regime geral de tratamento dos litisconsortes no processo, com a diferenciação entre o regime comum e o especial, é o momento de avançar, de forma a verificar o efetivo funcionamento desses regimes.

3.2. O reconhecimento jurídico do pedido

O reconhecimento jurídico é uma espécie de negócio jurídico unilateral²⁵ em que o réu reconhece a procedência do pedido do autor. Aqui, o regime de unitariedade tem importância crucial, afinal, trata-se de fato jurídico que determina o resultado do processo.

No caso da unitariedade, justamente por conta da problemática da legitimidade *ad actum* e pelo fato de o reconhecimento jurídico de um pedido incindível provocar uma situação desfavorável para os outros titulares daquele direito, é preciso verificar de que forma tal reconhecimento será admissível. A regra nesse caso deve ser a de que se impõe a concordância de todos para que haja o reconhecimento jurídico do pedido, afinal, como o objeto litigioso é único, não se pode admitir que apenas um dos litisconsortes possa reconhecer a procedência do pedido interferindo indevidamente na esfera jurídica dos demais.

Podem existir, no entanto, exceções a essa regra. A razão é porque existem hipóteses em que há autorização normativa para que um ato praticado no plano do direito material por um ou mais sujeitos de direito, independentemente da concordância dos demais, possa vinculá-los, criando uma situação jurídica uniforme

²² CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 51. Continua o autor tratando do tema ao afirmar que: “Na verdade, a colocação dos atos em sequência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles” (p. 51).

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 128.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 132.

²⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II. p. 989.

para todos. Uma vez que a lógica do regime especial do litisconsórcio unitário é baseada no regime do direito material, é bastante plausível que, se no plano do direito material, uma determinada decisão puder ser tomada sem a concordância de todos os partícipes de uma relação jurídica, esse resultado possa ser alcançado da mesma forma no processo.

Essa situação pode vir a ocorrer sempre que a lei vier a atribuir a alguém o poder de dispor da situação jurídica de outrem, caso que costuma ocorrer quando a legislação exige uma deliberação coletiva, mas em que não se exige a concordância de todos, a exemplo da ação de dissolução da sociedade, em que a maioria dos réus que representem a maioria do capital social viesse a concordar com o pedido do autor. Inclusive, em tais situações, haveria negativa de eficácia dos atos alternativos praticados pelos réus dissonantes.²⁶ Nessa conjuntura, o que se verifica é que o fato de se permitir a extensão aos demais participantes da relação jurídica de uma determinada decisão não é propriamente uma extensão do seu efeito jurídico, mas sim a adequada atribuição da esfera de eficácia que normalmente corresponde àquela decisão.²⁷

3.3. Renúncia

Importa também analisar o regime processual no caso do litisconsórcio quanto à renúncia, a qual, nos moldes do reconhecimento jurídico do pedido, também é um negócio jurídico unilateral, mas relacionado ao autor, em que este abdica do objeto litigioso sobre o seu alegado direito no qual fundado o pedido.²⁸ Ela pode ser total ou parcial e essa parcialidade tanto pode ser relativa ao objeto do processo quanto subjetiva.

No caso do litisconsórcio unitário ativo, apenas pode ser realizada – em regra – caso todos os litisconsortes com ela concordem, sob pena de ineficácia, exceto se houver alguma regra de direito material que possa ampliar a legitimidade *ad actum* de renúncia àquele direito.²⁹ Caso o litisconsórcio unitário esteja no polo passivo, a renúncia não poderá ser subjetivamente parcial, devido à exigência da decisão uniforme, apenas podendo ocorrer em relação à parcela do pedido, desde que abranja todos os litisconsortes. Se o litisconsórcio for simples, sendo necessário ou facultativo, inexistem óbices à renúncia parcial subjetiva, afinal, o objeto litigioso é cindível.

3.4. Revelia

A revelia é tida como uma espécie do gênero contumácia, a qual é caracterizada pela ausência de oferecimento da contestação.³⁰ Para o que interessa aos propósitos

²⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. vol. I. p. 198.

²⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Litisconsórcio unitário*. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade... *cit.* p. 192.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II. p. 1.026, 1.030.

²⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*... *cit.* p. 1.028.

³⁰ No mesmo sentido, indicando as várias posições doutrinárias: GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977. p. 54-66.

desse texto, um dos seus efeitos – o material – implica presunção *relativa* da veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Pela classificação entre atos determinantes e alternativos, a revelia seria um ato determinante, por gerar uma consequência desfavorável, enquanto o oferecimento da contestação seria um ato alternativo, pelo potencial de melhora, mas não necessariamente por ser capaz de fazê-lo.

De acordo com o art. 345, I, do CPC/2015: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”. O texto normativo não insere qualquer exigência acerca da espécie de litisconsórcio, interpretando-se que seja aplicável seja ao unitário, seja ao simples, desde que diga respeito a fato comum a todos os litisconsortes.³¹ Tem-se, aqui, uma situação em que o regime especial e o comum se comunicam quando haja fato comum.

A escolha legislativa, mantida desde o CPC/1973, mereceu a crítica de Barbosa Moreira ainda na época do anteprojeto, afirmando que ela só teria sentido caso houvesse um sistema coerente de normas aplicáveis aos processos litisconsorciais em que existisse maior rigor ao julgamento uniforme de mérito em face da totalidade dos colitigantes.³² Essa reflexão é importante, pois irá refletir no regime recursal, como se verá.

3.5. A produção probatória e o litisconsórcio

Na verificação da conexão entre a produção probatória e o litisconsórcio, trata-se de verificar a situação em dois momentos diversos, eis que, inclusive, as consequências serão diversas em cada um deles.

O primeiro momento é o do requerimento de produção probatória. A lógica que rege a iniciativa probatória é a de que se trata de atos alternativos, por isso, tendencialmente benéficos à parte, motivo pelo qual se entende que bastante ampla a legitimidade autônoma de cada litisconsorte para requerer provas.³³ Independente da espécie litisconsorcial, cada litisconsorte terá liberdade de estabelecer sua estratégia em termos probatórios.

A possibilidade de eventual divergência entre os litisconsortes não tem aptidão de limitar a atividade probatória dos demais. É preciso sempre ter como base a lógica de que as limitações à liberdade dos litisconsortes só são sustentáveis quando há possibilidade de violação à necessária uniformidade da decisão, o que não ocorre com o mero requerimento probatório.

Um momento que traz maiores dificuldades é o da produção efetiva da prova, em especial, a sua eficácia.

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 223; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tomo III. p. 624; GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro... cit.* p. 87; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 32. Exigindo que para evitar a revelia no litisconsórcio é “imprescindível que o contestante impugne fato comum a ambos” (STJ, 4ª T., AgRg no RESp 557.418/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 02/04/2013, DJe 16/04/2013).

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 223.

³³ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 188-189.

O caso sempre discutido é o da confissão. Inicialmente, é importante que se defina no que consiste a confissão. Trata-se de um ato jurídico que consiste na declaração de ciência sobre determinado fato,³⁴ mais especificamente, quando há a admissão de verdade de fato, contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário (art. 389, CPC/2015).

Em relação às *partes*, ela tem o efeito de: i) exonerar da prova do fato a parte contrária (art. 374, II, CPC/2015); ii) presunção *relativa* de veracidade do fato confessado; iii) impedir a produção de novas provas sobre aquele fato pela parte que confessou.³⁵ Trata-se de ato vinculativo *para as partes*, em que há uma afirmação convencional de que determinado fato ocorreu daquela forma,³⁶ limitando, de certa forma, sua conduta no restante do processo.

Por outro lado, a confissão não tem aptidão de vincular o juiz, o qual, nos termos do art. 371 do CPC/2015, apreciará as *provas*, entre elas a confissão, para a formação do seu convencimento. É evidente a importância da confissão no preenchimento do *standard* probatório³⁷ e, inexistindo elementos probatórios relevantes que desafiam a presunção de veracidade gerada pela confissão, ela terá, por si só, aptidão para que haja o convencimento de que o fato ocorreu como descrito pela parte. Ocorre que nada impede que outras provas demonstrem que o fato confessado ocorreu de forma diversa, sendo possível que o juiz, analisando o material probatório, julgue de forma diversa da qual narrada o fato na confissão.³⁸ Há de se perceber que a confissão gera presunção *relativa* de veracidade do fato confessado e não presunção absoluta. Inclusive, nesse sentido, a parte que é beneficiada pela confissão, embora esteja exonerada da produção de novas provas, pode requerer a produção de outras provas como forma de melhor influenciar a convicção judicial.

Fixadas tais premissas, passa a ser possível analisar o tema sob o prisma do litisconsórcio e do regime entre os litisconsortes.

Primeiro, é de se verificar a eficácia da confissão em relação aos litisconsortes que não confessaram. Recorde-se aqui o que já fora mencionado: a questão da legitimidade *ad actum*. No caso da confissão, trata-se de um ato jurídico no qual a parte admite a veracidade de um fato a ela desfavorável e favorável à outra parte e, no caso, ela tem legitimidade para fazê-lo apenas em relação à sua esfera jurídica. Tal ato não pode interferir na esfera jurídica dos demais litisconsortes. Como destacado pela

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 497.

³⁵ Para Eduardo Cambi, a parte que confessou poderá trazer "outros elementos de prova para demonstrar que a confissão não gera os efeitos pretendidos pelo adversário" (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 132).

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção... cit.* p. 498, 509.

³⁷ De forma bastante resumida, o *standard* probatório pode ser entendido como uma tese segundo a qual, se o juiz nem sempre pode alcançar um juízo de verdade, seria possível o desenvolvimento de graus de suficiência probatória requeridos para apoiar as decisões de fato tomadas pelo juiz a depender do tipo de litígio. Sobre o tema no direito brasileiro, entre outros, cf.: COSTA, Guilherme Recena. *Livre Convencimento e Standards de Prova*. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. Com mais detalhes sobre o tema, cf.: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2014.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 200.

doutrina: “A confissão de um litisconsorte não prejudica os demais, apenas porque não os vincula às consequências negociais da confissão”.³⁹

Portanto, correta é a previsão normativa do art. 391 do CPC/2015, o qual afirma que: “A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”. No entanto, essa previsão de limitação da eficácia da confissão apenas faz sentido para os casos de litisconsórcio simples, quando o fato confessado não seja comum.

Nos casos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio simples, em que o fato confessado é comum, o problema da legitimidade *ad actum* atua de forma diversa. Ocorre que, em tais situações, como a eficácia da sua confissão atingiria a esfera jurídica dos demais litisconsortes, o litisconsorte que confessa simplesmente não tem legitimidade para permitir que a confissão produza efeitos *entre as partes*.⁴⁰

No entanto, nada impede que, mesmo no caso do litisconsórcio unitário, possa haver a confissão. Ela apenas não terá os seus efeitos típicos, ou seja, manterá a controvérsia dos fatos sem que haja a presunção de veracidade do fato confessado. Em tal situação, ela atuará apenas como mais um elemento probatório a ser avaliado pelo magistrado.⁴¹

Havendo outros elementos probatórios, nada impede que o juiz possa concluir que o fato ocorreu tal qual confessado, apenas não se vem admitindo que ele possa basear o preenchimento do *standard* probatório requerido no caso concreto apenas a partir da confissão.⁴²

Nesse ponto, seria possível questionar essa conclusão doutrinária, partindo de outro ponto de vista.

A partir do momento em que a confissão deixa de ter eficácia, ela passa a ser considerada apenas como uma narrativa fática feita por um indivíduo. Em outros termos, tem-se um elemento probatório, mas que não gera incontrovérsia fática ou presunção de veracidade, tal qual seria com um depoimento de uma testemunha. No entanto, não parece haver vedação a que esse elemento probatório, caso seja suficiente, possa preencher um determinado *standard* probatório. Afinal, não há uma vedação legal a que o juiz, por exemplo, venha a julgar uma demanda procedente baseado tão apenas em uma prova testemunhal.

O que deve mudar no caso da confissão ineficaz é tão apenas a força da presunção relativa, passando a valer apenas como um elemento probatório como qualquer outro. De certa forma, no direito brasileiro, entende-se que a presunção relativa de veracidade dos fatos tem aptidão para atingir o *standard* probatório

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção... cit.* p. 521.

⁴⁰ Com a mesma conclusão: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção... cit.* p. 521-522.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil... cit.* p. 135.

⁴² EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 191. Calmon de Passos indica que “é livre a convicção do juiz, pode este fundamentar a sua certeza, para o julgamento, nessa confissão unida a outro material de prova” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil... cit.* 63).

requisitado para os julgamentos na área cível, logo, bastaria a sua constatação para que um fato fosse considerado provado. É essa força que a confissão perde ao deixar de ser eficaz, mas ela permanece como um elemento probatório que pode ser coerente, adequado com a narrativa fática das partes e, mesmo sem a presunção, gerar o preenchimento do *standard* probatório requerido no caso concreto.

De fato, não é comum que um julgamento esteja baseado apenas em uma espécie de depoimento pessoal que é o que se torna a confissão ineficaz, no entanto, nada impede que, caso a narrativa da parte seja coerente com o que fora apresentado pelas partes, que o julgamento possa estar baseado tão apenas em um depoimento ineficaz.

3.6. A esfera recursal e o litisconsórcio

A teoria dos recursos, em diversos momentos, é influenciada pela necessidade de uniformidade presente no litisconsórcio unitário. Por conta disso, impõe-se a análise de alguns temas à luz do litisconsórcio, tais como a desistência, a renúncia, a aquiescência e o efeito expansivo subjetivo.

Um elemento base que servirá para o raciocínio a ser construído é o fato de que o recurso é uma espécie de ato *alternativo*, em que prevalece a liberdade das partes. Todos os litisconsortes, ou apenas um, ou alguns deles podem recorrer de uma mesma decisão que a eles seja prejudicial.

Mais ainda, destaque-se que, em face da necessidade da uniformidade na decisão de mérito ou relativa à exceção da coisa julgada, no caso do litisconsórcio unitário, o trânsito em julgado só pode ocorrer no mesmo momento para todos os litisconsortes. É irrelevante se os prazos são diversos, se um deles deixa de recorrer etc.⁴³

3.6.1. A desistência, a renúncia e a aquiescência recursal

A desistência é uma espécie de negócio jurídico processual unilateral, que tem, como consequência, a extinção do procedimento recursal e o eventual adiantamento do trânsito em julgado em relação ao recorrente. Em relação ao litisconsórcio, tem-se a necessidade de verificar a situação da desistência em relação aos que a requerem e em relação aos quais são beneficiados por ela.

Em relação aos que desistem, a primeira situação é caso apenas um litisconsorte venha a recorrer. Em tal situação, seja no litisconsórcio simples, seja no unitário, a situação é idêntica, podendo haver a desistência sem qualquer óbice, a qual refletirá perante os demais litisconsortes.⁴⁴ Destaque-se que, em relação ao litisconsórcio unitário, não se exige a concordância dos demais *que não recorreram* pelo fato de que a desistência do recurso não tem aptidão de alterar a decisão de mérito – objetivo do regime especial, que é o de haver uma decisão de mérito unitária. O recurso é um ato alternativo, que pode gerar uma melhora da situação do recorrente, mas a sua

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 209.

⁴⁴ No mesmo sentido: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 162.

desistência não tem aptidão de piorar a situação jurídica dos demais litisconsortes, não havendo, no ponto, discussão sobre legitimidade *ad actum*.

Caso haja recurso por mais de um litisconsorte, passam a existir diferenças entre o regime do litisconsórcio simples e o regime do litisconsórcio unitário. No litisconsórcio simples, não há nenhuma dificuldade na admissão da desistência sem que haja a necessidade da anuência dos demais litisconsortes, em especial pela previsão expressa do art. 998, *caput*, CPC/2015. Nessa situação, não há exigência de uma decisão de mérito uniforme.

No caso do litisconsórcio unitário, algumas particularidades devem ser destacadas. Em tal hipótese, caso mais de um litisconsorte haja recorrido, a desistência realizada por apenas um deles *terá uma limitação de sua eficácia*, ou seja, ela não terá aptidão para adiantar o trânsito em julgado em relação a ele⁴⁵ – em relação à parcela do mérito que deve ser decidida de maneira uniforme. A imposição do julgamento de mérito uniforme impede que se produza o efeito do trânsito em julgado apenas em relação ao recorrente que desiste, sob pena de se permitir o absurdo prático. Imagine-se ação de anulação de casamento em que os dois cônjuges recorrem e um deles desiste. Não se pode admitir que, provido o recurso, apenas um deles venha a ser beneficiado pela reforma da decisão.

Em tal situação, o que ocorre é que a desistência será admitida, mas, ainda assim, o desistente conservará a posição de parte e ficará sujeito ao julgamento que venha a ser proferido pelo órgão *ad quem*.⁴⁶ Para que o efeito do trânsito em julgado seja produzido, a desistência recursal há de ser manifestada por *todos os litisconsortes recorrentes*.⁴⁷ A manifestação de vontade daqueles que não recorreram será irrelevante.

A desistência, por mais que seja um ato determinante, não tem aptidão de prejudicar as esferas jurídicas dos demais litisconsortes, eis que a decisão recorrida não será alterada. Por isso que, mesmo no litisconsórcio unitário, embora possa haver um bloqueio de um de seus efeitos, a sua admissão não depende da concordância dos demais, a qual tem apenas o efeito de permitir que haja o trânsito em julgado imediato da decisão.⁴⁸

No entanto, a desistência manifestada por apenas um dos litisconsortes, embora não produza seus efeitos típicos, terá relevância processual, mas apenas em relação à responsabilidade pelas custas processuais e pelos honorários sucumbenciais do advogado da parte contrária.⁴⁹ Tal efeito recebe maior destaque no CPC/2015

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. III. p. 338. Flávio Cheim Jorge afirma que a desistência simplesmente não será eficaz, posicionamento com o qual não se concorda, pois, embora não tenha aptidão de gerar o trânsito em julgado imediato, ainda assim haverá a produção de efeitos nas custas e nos honorários recursais (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*... cit. p. 162).

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*... cit. p. 339.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 3. p. 121.

⁴⁸ Com raciocínio semelhante: EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*... cit. p. 193.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*... cit. p. 339.

devido à sucumbência recursal, a qual não afetará nem aquele(s) que desistira(m) do respectivo recurso e, igualmente, nem aqueles que não recorreram, embora ambos sejam considerados como partes no procedimento recursal.

Em relação aos recorridos, a situação é semelhante. Caso a situação seja do litisconsórcio comum, o recorrente poderá desistir em relação a um ou mais litisconsortes, com a produção de todos os seus efeitos normais, inclusive o do adiantamento do trânsito em julgado. Como o problema ocorre apenas do ponto de vista lógico, é possível a existência de diversidade de soluções. Sendo hipótese de litisconsórcio unitário, a desistência do recurso apenas surtirá seus efeitos típicos caso a desistência alcance todos os litisconsortes.⁵⁰

A renúncia recursal consiste em negócio jurídico unilateral no qual a parte manifesta a vontade em não recorrer de decisão que lhe seja prejudicial. Independe da aceitação da outra parte (art. 999, CPC/2015) e lhe é aplicável a regulação aplicável à desistência recursal no que toca ao litisconsórcio, ou seja, não depende da anuência dos demais litisconsortes. Assim, o raciocínio desenvolvido nos parágrafos anteriores aplica-se igualmente à renúncia, podendo ser realizada eficazmente no caso do litisconsórcio comum, no entanto, quando for hipótese de litisconsórcio unitário, dependerá da anuência dos demais litisconsortes *recorrentes* para que a decisão transite em julgado. Caso contrário, o litisconsorte permanece na situação de parte e apenas será exonerado das custas e dos honorários advocatícios recursais.⁵¹

A aquiescência, por sua vez, é a manifestação de vontade da parte que concorda com uma determinada decisão, podendo ser realizada tanto antes quanto após a interposição do recurso. Tem como efeito a extinção do direito ao recurso ou a inadmissibilidade de recurso já interposto, gerando o trânsito em julgado imediato da decisão. Mais uma vez, as considerações feitas tanto em relação à desistência quanto à renúncia são igualmente aplicáveis à aquiescência.

3.6.2. Efeito expansivo subjetivo dos recursos

Os recursos, em geral, apenas têm aptidão de modificar a esfera jurídica do recorrente e tão apenas em relação aos capítulos decisórios por ele impugnados. No entanto, em algumas situações, o recurso pode tanto acabar por ensejar decisão mais abrangente da que fora impugnada pelo recorrente – efeito expansivo objetivo interno ou externo⁵² – ou mesmo abranger litigantes que não recorreram da decisão – efeito expansivo subjetivo. Há também quem prefira a denominação de extensão subjetiva do efeito devolutivo, recusando a “existência de um efeito expansivo dos recursos capaz de justificar as situações em que o recurso interposto por um dos litisconsortes aproveita os demais que permaneceram inertes”.⁵³

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 339.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 345.

⁵² Sobre o tema, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 477-479.

⁵³ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit.* p. 379.

No que interessa ao presente texto, importa verificar a relação entre o efeito expansivo subjetivo e o litisconsórcio. De acordo com o art. 1005: “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”. Embora o texto normativo não faça menção à espécie de litisconsórcio ao qual aplicável o efeito expansivo subjetivo, é posição majoritária na doutrina que ele é aplicável tão apenas ao litisconsórcio unitário, seja ele necessário, ou não.⁵⁴

A interpretação é a de que a regra geral está inserida ao fim do texto normativo, qual seja, “salvo se distintos ou opostos os seus interesses” e que essa hipótese apenas está correta no litisconsórcio unitário, em que há objeto litigioso único e não se admite que os litisconsortes estejam na defesa de interesses distintos e, muito menos, opostos.⁵⁵ Essa forma de interpretar o referido texto normativo não parece a mais adequada, eis que inexistente qualquer vedação a que, embora único o interesse litigioso, haja discordância de interesses entre os litisconsortes.⁵⁶ Imagine-se uma ação de nulidade de casamento em que um dos cônjuges coaduna com a decisão de anulação, havendo nítida oposição de interesses.

Há de se buscar outra justificativa, especialmente para que se possa legitimar a diferenciação da interpretação realizada em relação à revelia, a qual tem seus efeitos materiais impedidos pela contestação de outro litisconsorte, mesmo simples, desde que se refira a fatos comuns e à eficácia subjetiva do recurso, o qual, em tese, apenas poderá atingir outros litisconsortes *unitários*.

O que se pode buscar como justificativa é que, no caso da revelia e da contestação, o que se impede é uma presunção de veracidade em relação a *fatos* comuns e não às consequências jurídicas. Não há, na revelia, qualquer aquiescência aos pedidos da parte autora, mas a incidência de uma presunção de veracidade decorrente da não contestação.

Quando a análise passa aos efeitos do recurso, a situação é diversa, como adequadamente analisa Elie Eid:

A inconveniência em admitir a aplicação do art. 1.005, CPC/2015 no litisconsórcio simples é justificada pela lógica da impugnação dos capítulos de sentença. Em razão da configuração do objeto do

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit. p. 383*; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos... cit. p. 479*; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... cit. p. 173*; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit. p. 380*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit. p. 154*; EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit. p. 194*; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Comentários ao art. 1.005. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. Execução e recursos – comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1.013*; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112-113*; RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94*; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital, tópico nº 745, III*; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil... cit. p. 283*.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit. p. 154*.

⁵⁶ CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil. São Paulo: RT, 2017. p. 195*.

processo em tal regime e, diante da singularidade de resultados alcançados por cada litisconsorte, eventual recurso interposto somente teria o poder de evitar o trânsito em julgado do capítulo da sentença que diga respeito ao recorrente, mesmo que em caráter prejudicial ou independente se questione fato comum. Por isso, parece-nos que, ao aceitar a aplicação desse artigo nos casos de litisconsórcio simples, haveria severa afronta à coisa julgada já formada e, por consequência, atribuir-se-iam efeitos rescisórios e rescisórios ao recurso apresentado.⁵⁷

Nota-se que a lógica recursal impede que haja a expansão subjetiva recursal nos casos do litisconsórcio simples, pois, aqui, a impugnação é, capítulo por capítulo, decisória e, naturalmente, a parte apenas poderá impugnar aqueles que lhe digam respeito. No litisconsórcio comum, como o objeto litigioso é múltiplo, a sua impugnação apenas atingirá o capítulo referente ao objeto litigioso que lhe envolve, o qual, pela natureza do litisconsórcio, é diverso dos demais. A possibilidade de reavaliação de um fato e da existência de decisões conflitantes entre a decisão no tribunal *ad quem* e o órgão *a quo* são decorrências do regime recursal e da multiplicidade de objetos litigiosos.

Em outros termos, a forma de se admitir interpretações diversas para textos normativos relativamente semelhantes decorre do diferente funcionamento da revelia e do recurso. Enquanto a revelia refere-se a fatos, que podem ser comuns, o recurso tem por objetivo impugnar um capítulo da sentença e o seu respectivo objeto litigioso, que é diverso para cada litisconsorte comum.

Essa situação é diversa no caso do litisconsórcio unitário, em que o objeto litigioso é *uno*, permitindo que a impugnação de apenas um litisconsorte impeça o trânsito em julgado em relação aos demais. É por isso que o art. 1.009 do CPC/2015 é aplicável apenas ao litisconsórcio unitário, pela indivisibilidade do objeto litigioso.

Há doutrina que aponta como possível a expansão subjetiva no caso do litisconsórcio simples, desde que “as teses defendidas pelos diversos sujeitos integrantes do litisconsórcio sejam comuns”.⁵⁸ Não parece adequado tal posicionamento, em face das explanações já apontadas: o recurso impugna o capítulo decisório, não propriamente a fundamentação – a causa de pedir – e, por isso, não é possível a expansão subjetiva do efeito devolutivo tão apenas pelo fato de as teses da defesa serem comuns.

⁵⁷ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 194, nota de rodapé nº 72.

⁵⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133; NUNES, Jorge Amaury. *Comentários ao art. 1005*. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). FREIRE, Alexandre (Coords.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.363; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital, comentários ao art. 1.005. Para Calmon de Passos: “No litisconsórcio unitário, somente aproveitará aos litigantes não recorrentes o recurso do colitigante, quando este versar sobre parte da sentença que seja a mesma com relação a todos os litisconsortes ou se essa sentença foi a mesma (a mesmidade da sorte material não era necessária, mas ocorreu). (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil...* cit. p. 66.)

A única hipótese em que há a expansão do efeito devolutivo em litisconsórcio simples é no caso da solidariedade passiva, por força de expressa disposição legal (art. 1.009, parágrafo único, CPC/2015), desde que as teses de defesa sejam comuns. Destaque-se que a solidariedade passiva pode ter como base tanto um litisconsórcio simples (no caso da divisibilidade da obrigação) quanto um litisconsórcio unitário (no caso de a obrigação ser indivisível).

Aplicando-se a possibilidade de expansão subjetiva do efeito devolutivo apenas ao litisconsórcio unitário e às exceções legais, ainda são possíveis algumas considerações acerca do tema. A primeira é a de que os litisconsortes não recorrentes devem ser considerados como partes do procedimento recursal e, inclusive, podem recorrer da decisão do recurso.⁵⁹ Por outro lado, como não interpuseram o recurso, não geraram a causalidade que permite a incidência dos honorários recursais, exceto se optarem por atuar no procedimento recursal. Parece viável interpretar que, mesmo não tendo interposto o recurso, poderão ser condenados em conjunto com o litisconsorte recorrente em honorários recursais caso venham a participar ativamente do procedimento recursal.⁶⁰

3.6.2.1. Os limites subjetivos do efeito devolutivo recursal e as questões não meritórias incidíveis

Um detalhe que não pode ser ignorado no tratamento da matéria é o fato de que o regime especial do litisconsórcio unitário é motivado pela indivisibilidade do objeto litigioso, estando relacionado à decisão de mérito. O regime processual do litisconsórcio unitário tem por base uma construção voltada à manutenção da unidade da *decisão de mérito*. Ou seja, o referencial da indivisibilidade é focado apenas no objeto litigioso do processo.

Não há muita preocupação com a (des)necessidade de unidade no julgamento de questões processuais, que escapam, em geral, das preocupações na análise do litisconsórcio (e que não fazem parte do objeto litigioso do processo). Toda a legitimidade dos atos praticados é verificada apenas em relação ao direito material, ignorando que, dentro do feixe de relações processuais, há, também, situações processuais incidíveis, em que haverá, igualmente, um eventual litisconsórcio unitário de natureza processual dentro de um processo em que o direito material é cindível e o litisconsórcio é comum.

Barbosa Moreira demonstra certa preocupação no tema ao afirmar que, em certas hipóteses, o julgamento de um recurso necessariamente acabará por repercutir em “todas as partes igualmente: não só os litisconsortes, mas a totalidade dos litigantes”. O exemplo por ele trazido é o de agravo contra decisão que suspenda o processo por força maior que venha a ser provido, caso em que o processo retomará a sua marcha

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 213-214; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil...* cit. p. 386-387.

⁶⁰ No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio...* cit. p. 158.

em relação a todos os participantes. Sustenta que “são hipóteses estranhas ao art. 509 (art. 1.005, CPC/2015): nelas, a repercussão sobre os não recorrentes independe de qualquer pressuposto especial”.⁶¹

Seria possível, especialmente no caso da esfera recursal, pensar em uma figura dinâmica do litisconsórcio, uma espécie de *litisconsórcio ad actum*, a partir da lógica da legitimidade *ad actum*, aqui baseada tanto no direito processual quanto no material, refletindo nos limites do efeito devolutivo recursal. O litisconsórcio deixa de estar conceituado tão apenas a partir do direito material, mas para significar “uma pluralidade de sujeitos em um polo de uma relação jurídica processual”⁶² de forma a estar mais condizente com a própria dinâmica do direito processual.

É possível que se repense um pouco a existência do litisconsórcio unitário a partir da noção de legitimação *ad actum*. Quando a doutrina aborda a existência de litisconsórcio unitário e comum, sempre parte da (in)cindibilidade do objeto litigioso do processo. Mesmo quando há análise do regime comum do litisconsórcio e as situações em que a conduta de uma afeta os demais, esse estudo é tratado como uma exceção ao regime processual comum do litisconsórcio.

Se a análise do regime comum e especial do litisconsórcio passar a ser analisada não a partir do objeto litigioso, mas a partir de cada postulação, não haverá necessidade de se discutir se o fato de determinado ato processual afetar o outro litisconsorte seria uma exceção ao regime do litisconsórcio comum. Nas situações em que o objeto *da postulação* é incindível, o litisconsórcio será unitário, nas demais, será comum. Note-se que essa deixa de ser uma análise apenas a partir do objeto litigioso do processo para ser uma análise a partir do objeto de cada uma das postulações.

Seguindo essa lógica, *o regime do recurso poderia ser analisado a partir do objeto litigioso recursal*. Imagine-se um caso de litisconsórcio passivo comum, envolvendo ação de responsabilidade civil em que os dois réus são responsabilizados e apenas um deles recorre da sentença sob o argumento de que há nulidade por indeferimento de prova pericial. Note-se que o objeto litigioso do processo é cindível, mas o objeto do recurso não, afinal, a prova, caso admitida, *pertence ao processo e não à parte que requereu a sua produção*. Produzida a prova, caberá ao juiz avaliá-la não apenas em relação a quem a requereu, mas em relação a todas as partes. Esse recurso deveria seguir o regime do litisconsórcio unitário, não do regime comum.

Note-se que, em tal caso, não se admitindo uma alteração no regime litisconsorcial, haveria a permissão de uma situação bastante prejudicial ao litisconsorte não recorrente. Em tese, tendo como causa de pedir *error in procedendo*, seria o caso de anulação da decisão do juízo *a quo* para que seja reaberta a fase probatória, o que, naturalmente, atingiria todas as partes. No entanto, com a permissão da utilização da teoria da causa madura (art. 1.013, §3º, CPC/2015), esse litisconsorte não seria beneficiado pela decisão pelo simples fato de que o próprio tribunal poderia produzir a prova.

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil...* cit. p. 386. O texto entre parênteses é nosso.

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil...* cit. p. 509.

Semelhante lógica deve ser observada caso o objeto do recurso esteja voltado à anulação do processo, em face da constatação de vício insanável como a incompetência absoluta.⁶³ É inegável que, mesmo que o direito material discutido seja incindível, a questão processual não o é.

O art. 116 do CPC não pode ser inserido como uma espécie de óbice intransponível a tal interpretação. Veja-se o seu conteúdo: “O litisconsórcio será unitário quando, pela *natureza da relação jurídica*, o juiz tiver de decidir o *mérito* de modo uniforme para todos os litisconsortes”. Há de se perceber que a natureza da relação jurídica mencionada pelo texto normativo pode ter natureza processual e o mérito, que exige a decisão uniforme, pode ser o mérito do recurso, o qual *pode, ou não, coincidir com o mérito da causa*.⁶⁴ Afinal, a causa pode versar sobre anulação de casamento e o mérito do recurso estar relacionado com o problema da competência.

Note-se que a proposta aqui encampada não se confunde com a que permite a ampliação do objeto do art. 1.005 do CPC/2015 para além das hipóteses de litisconsórcio unitário, abrangendo hipóteses em que as teses de defesa são semelhantes. Tal proposta ignora a lógica recursal que é a de impugnação de capítulos da sentença e não propriamente da fundamentação. Imagine-se a seguinte situação: em ação de responsabilidade civil, os réus litisconsortes alegam culpa do autor e têm uma sentença desfavorável. O fato de um deles recorrer da sentença com base na culpa do autor não pode beneficiar o outro réu, eis que o objeto litigioso do processo é cindível e é admissível que as decisões sejam diversas para cada um dos réus.

A verdade é que a impugnação de um capítulo decisório, mesmo que a causa de pedir do recurso seja idêntica à tese da defesa do litisconsorte não pode gerar a ampliação do efeito devolutivo recursal para além do recorrente – salvo litisconsórcio unitário. A proposta é a de que a diferenciação entre o regime especial e o comum na esfera recursal tenha por objeto não apenas a incindibilidade do direito material, mas também das decisões processuais. Por exemplo, uma prova inadmitida, caso a decisão seja revertida, necessariamente influenciará na decisão relativa aos demais litisconsortes, mesmo que, no mérito do processo – não do recurso –, haja cindibilidade do objeto litigioso.

Como já se apontou no decorrer desse texto, o processo é formado por um feixe de relações jurídicas, muitas delas derivadas de fenômenos de natureza processual, não propriamente conexos com o direito material. E tais relações jurídicas processuais podem ser incindíveis, fazendo com que eventual postulação relativa a elas deva ser regida pelo litisconsórcio unitário, embora essa não seja a mesma situação do ponto de vista do direito material. Tal constatação permite que o regime do litisconsórcio possa se adequar melhor à própria natureza dinâmica do fenômeno processual.

⁶³ Com a mesma conclusão: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2016. vol. 3. p. 205.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, 1968. vol. 19. p. 110; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 267; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... cit.* p. 159; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit.* p. 87.

4. Conclusão

O regime do litisconsórcio, por ter como base a (in)divisibilidade do objeto litigioso, tem naturalmente reflexos processuais. É imprescindível que o processo se adapte ao direito material e, no caso, em relação ao litisconsórcio unitário, passe a ser dirigido para que a decisão de mérito seja uniforme. Por outro lado, em tese, no litisconsórcio comum, deve prevalecer a autonomia dos litisconsortes em decorrência da divisibilidade do objeto litigioso.

No entanto, essa simples formulação traz algumas dificuldades, em decorrência da própria dinâmica processual. Nota-se que a problemática inicia na revelia, em que há certa comunicação entre os dois regimes, as dificuldades existentes na valoração probatória e, especialmente, na esfera recursal. Nesse último ponto, o próprio tratamento doutrinário dado ao litisconsórcio traz problemas, eis que excessivamente focado no direito material e alheio às diversas postulações de natureza processual e que são, também, indivisíveis. Passa, então, a ser necessária uma revisão do próprio conceito de litisconsórcio para a esfera recursal para que ele possa estar de acordo com a natureza dinâmica do processo, que abrange diversas postulações de origens diferentes e que podem ser divisíveis, ou não.

Referências

- ARAÚJO, Fábio de Caldas. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo I.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. I.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III.
- _____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- _____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, 1968. vol. 19.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2016. vol. 3.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade ad actum e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2014.

COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. VII.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 1. _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tomo III.

_____. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*. São Paulo: RT, 2016.

GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Litisconsórcio e desapropriação. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. Versão digital.

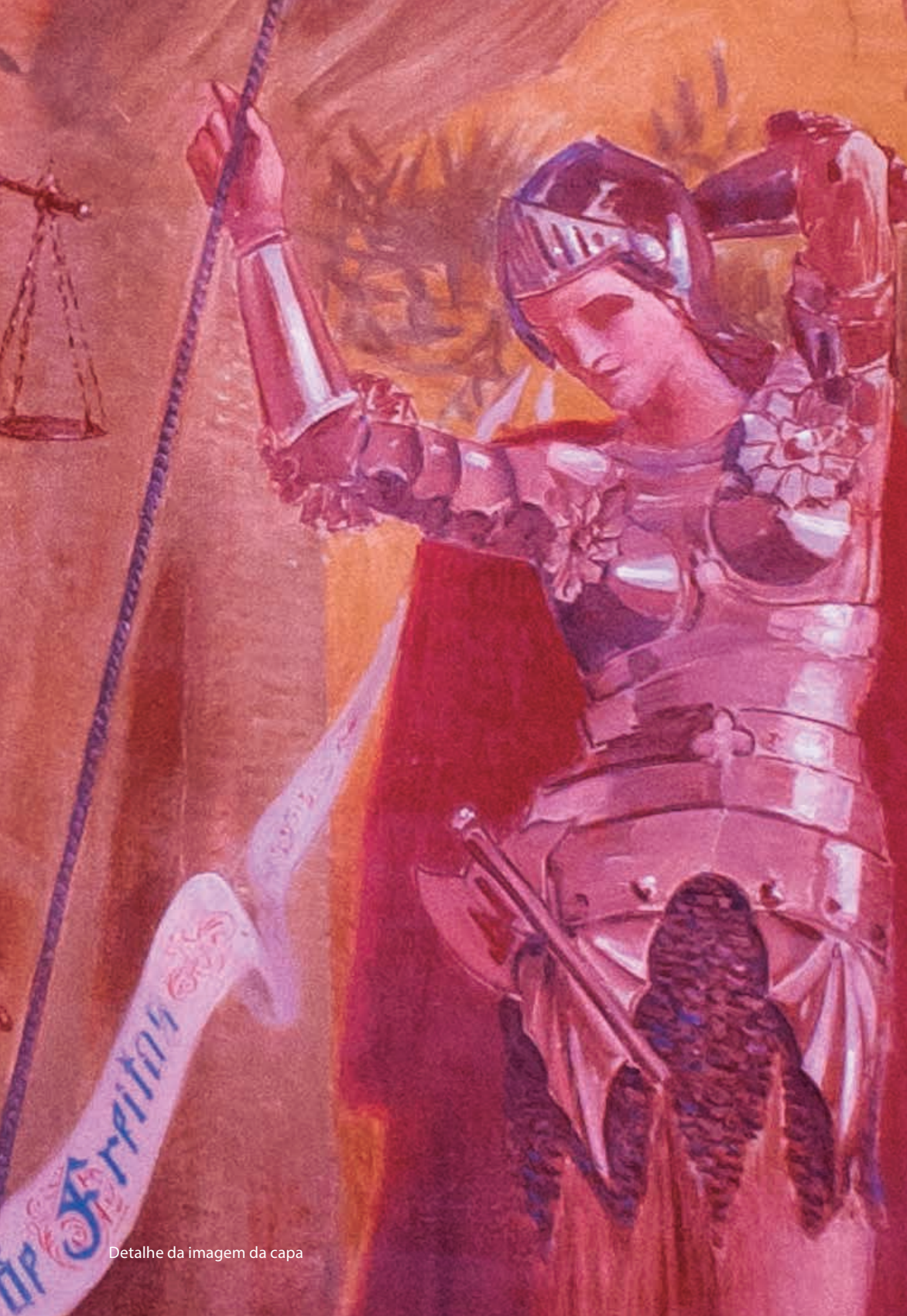
MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. vol. I.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NUNES, Jorge Amaury. Comentários ao art. 1005. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). FREIRE, Alexandre (Coords.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao art. 1.005. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. *Execução e recursos – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil*. Salvador, 1952.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017.
- SICA, Heitor; BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva*. São Paulo: RT, 2013.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. vol. I.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital.



Detalhe da imagem da capa



Observatório Jurídico

A busca pela solução consensual de conflitos na tutela coletiva: faculdade ou obrigação do Ministério Público?

Emerson Garcia*

O Ministério Público, por imperativo constitucional, está legitimado a promover o inquérito civil e a ação civil pública na defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III), prevenindo lesões, recompondo-os ou punindo os responsáveis. Em sua atuação, há de observar os detalhamentos estabelecidos pela ordem jurídica, que veicula normas de organização, procedimento e conteúdo.

Tanto o inquérito civil como a ação civil pública apresentam contornos instrumentais: o primeiro, de natureza apuratória e instauração facultativa, pode servir de alicerce a uma solução consensual ou litigiosa para o conflito de interesses, que invariavelmente contrapõe a coletividade a um ou mais sujeitos; a segunda é direcionada à formação da litigiosidade, ainda que, eventualmente, a consensualidade possa ser alcançada no curso da relação processual.

O objetivo de nossas breves reflexões é simplesmente o de verificar se a tentativa de solução consensual do conflito é um antecedente lógico e necessário, verdadeira etapa prévia, à busca pela solução litigiosa, via ação civil pública, ou se estamos perante mera faculdade a cargo do membro do Ministério Público, coberta pelo manto inexpugnável da independência funcional.

Para que a busca pela solução consensual configure uma obrigação do Ministério Público, é imperativa a existência de uma norma que assim disponha, que tanto pode ser expressa como implícita, neste último caso assumindo contornos principiológicos. Pela nossa tradição, embora não haja hierarquia entre espécies normativas expressas e implícitas, não se pode negar que o seu nível de imperatividade, aos olhos do operador jurídico médio, tende a variar conforme o extremo em que se encontra.

Deixaremos de lado, neste momento, os argumentos de ordem pragmática que aprofundam as vantagens da solução consensual, a exemplo da contribuição para a pacificação social, do menor custo econômico e da maior celeridade na resolução do conflito, todos robustecidos pelo sabido e resabido emperramento das estruturas judiciárias. O que nos interessa é a existência, ou não, de norma que a imponha. A imposição ora perquirida é aquela afeta à proteção do interesse difuso ou coletivo, não à punição dos responsáveis pela sua violação, matéria afeta ao direito sancionador.

* 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. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

A Constituição de 1988, logo no preâmbulo, afirma o seu comprometimento, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Parece correto reconhecer que essa “solução pacífica”, ao menos no plano internacional, também preconizada pelo art. 4º, VIII, é a antítese suprema da solução bélica, o que é corroborado pela obrigação de “defesa da paz”, prevista no inciso VI desse preceito. Esse sentido, no entanto, parece inadequado quando a análise é transposta para a ordem interna. Assim ocorre porque o belicismo, adotado pelo Estado contra os seus próprios nacionais, não espelha, em ambientes democráticos, uma política a ser alvitrada em tempos de normalidade institucional. De modo simples e objetivo: seria uma anomalia. A “solução pacífica”, na ordem interna, está comprometida com a “pacificação social”, com a estabilização das relações interpessoais e a preeminência da harmônica convivência coletiva. Os instrumentos que caminhem nesse norte não de preferir aqueles que caminhem em norte contrário. Ainda que aflorem dúvidas a respeito do caráter normativo do preâmbulo, o que poderia afastar essa constatação do plano deontológico, não se pode negar que estamos perante um referencial de estatura constitucional, situado, na pior das hipóteses, no plano axiológico. E valores, como se sabe, máxime quando constitucionais, concorrem para o delineamento do sentido das normas de um sistema.

No plano infraconstitucional, a tutela coletiva, em suas origens, era essencialmente litigiosa. Era o que dispunha a Lei nº 6.938/1981 (art. 14, 1º), em relação à reparação dos danos causados ao meio ambiente; a Lei nº 7.853/1989 (art. 3º), afeta à proteção das pessoas com deficiência; e a Lei nº 7.913/1989 (art. 1º), que dispôs sobre as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. Mesmo a Lei nº 7.347/1985, que estabeleceu a disciplina geral da ação civil pública, consubstanciando o grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, qualquer solução consensual para os conflitos a que se referia, concepção nitidamente influenciada pelo histórico entendimento de que os interesses envolvidos eram indisponíveis.

A litigiosidade que caracterizava o nosso sistema somente começou a ser alterada com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que introduziu no direito brasileiro, por força do seu art. 211, o termo de ajustamento de conduta. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um §6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos. Trata-se de negócio jurídico celebrado, de um lado, por uma estrutura estatal de poder, cognominada de *órgão público* pelo §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos públicos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados à propositura de ações coletivas (v.g.: o Procon na defesa do consumidor), e, de outro, o violador, atual ou iminente, de interesses transindividuais. A referência a *órgão público* denota que organizações da sociedade civil, qualquer que seja a sua natureza jurídica, não podem instar o violador, efetivo ou potencial do interesse, a celebrá-lo.

Vale ressaltar que, em suas origens, jamais se cogitou da necessidade de o membro do Ministério Público envidar esforços para celebrar o termo de ajustamento de conduta ou, de modo mais singelo, tão somente propor a sua celebração. Tratava-se apenas de mais um instrumento, que coexistia, lado a lado, com a ação civil pública. O mesmo pode ser dito em relação às recomendações, que também podem ser enquadradas na perspectiva mais ampla das soluções consensuais. Afinal, buscar evitar a consumação do ilícito ou minorar as consequências daquele já consumado. A possibilidade de o Ministério Público expedir recomendações, visando à adoção de providências em questões afetas à esfera de atribuições de outros órgãos estatais, encontra-se prevista no art. 26, VII, da Lei nº 8.625/1993 (*"sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade"*) e no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 (*"expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis"*), preceito este aplicável no âmbito estadual por força do art. 80 da Lei nº 8.625/1993.

Embora a tentativa de conciliação das partes há muito seja vista como uma etapa obrigatória do procedimento judicial (*vide* CPC/1973, arts. 277, 331 e 447 a 449), essa obrigatoriedade não se espraiava para o plano extrajudicial, com especial ênfase para a atuação do Ministério Público. Ocorre que novos ares arejaram nossa ordem jurídica com o Código de Processo Civil de 2015: o §2º do seu art. 3º dispôs que *"o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos"*, acrescentando o §3º do mesmo preceito que *"a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial"*.

A análise dos §§ 2º e 3º do referido art. 3º indica que a conciliação deve ser, respectivamente, *promovida* e *estimulada*. A promoção fica a cargo do Estado, cuja atuação é materializada por diferentes estruturas orgânicas, dotadas, ou não, de personalidade jurídica, entre as quais está o Ministério Público. O estímulo, por sua vez, que fica a cargo dessas mesmas estruturas e dos advogados, denota a tentativa de persuadir atores não estatais a realizarem a conciliação, tanto no plano judicial como no extrajudicial.

Considerando a nova sistemática processual, constata-se que o Ministério Público deve proteger os interesses difusos e coletivos com a promoção de um instrumento apuratório (*rectius*: o inquérito civil), de uma solução consensual (*rectius*: com a celebração do termo de ajustamento de conduta ou a expedição de recomendação) ou de uma solução litigiosa (*rectius*: com o ajuizamento da ação civil pública). Ressalte-se que a anteposição da solução consensual à litigiosa decorre da própria racionalidade, pois não se deve litigar quando o consenso existe; e, para que o consenso possa existir, deve ser buscado em momento antecedente ao litígio. Essa constatação não é comprometida mesmo quando o consenso é obtido após a deflagração do litígio. Afinal, nesse caso, o consenso, embora buscado em momento anterior, somente foi alcançado posteriormente, no curso do litígio.

Estar obrigado a promover “a solução consensual dos conflitos” não é o mesmo que afirmar que essa solução deve ser necessariamente alcançada. Como não existe consenso unilateral, é evidente que o consenso buscado não resultará, sempre e sempre, em consenso alcançado.

Apesar de a promoção de uma solução consensual ser dever do Estado e, *ipso iure*, do Ministério Público, a sua observância, no plano extrajudicial, ainda não parece ser vista como um pressuposto processual, no plano judicial, indispensável à realização do juízo de admissibilidade que antecede a resolução do mérito da causa. Essa constatação não compromete o entendimento de se trata de um desdobramento natural da importância que o Estado tem atribuído à consensualidade, já presente em diversos domínios, incluindo o direito sancionador, penal ou extrapenal. Em dado momento de nossa evolução, será inevitável exigir-se a demonstração de que essa solução foi buscada anteriormente ao próprio surgimento da relação processual.

Considerando o maior poder persuasivo que comandos expressos parecem trazer consigo, nada obsta e tudo aconselha, que atos normativos infralegais, editados no âmbito das distintas unidades do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público, disponham sobre a necessidade de a solução consensual ser buscada e devidamente certificada em momento anterior ao ajuizamento da ação civil pública. Nesse caso, a busca refletirá o cumprimento do que fora determinado na lei processual, enquanto a certificação nos autos do inquérito civil consubstanciará mera regra procedimental. Ainda que a processualística contemporânea não visualize causa de nulidade na ausência dessas providências, elas devem ser perseguidas pelo Ministério Público, cuja função precípua deve ser a de resolver conflitos, não transferi-los, via litigiosidade, ao Poder Judiciário.

Por fim, deve ser ressaltado que a busca pela solução consensual dos conflitos não configura, nem ao longe, afronta à independência funcional. Trata-se de mero fim, que coexiste com a litigiosidade e ao qual foi atribuída preeminência, podendo ser alcançado da forma que o membro do Ministério Público, iluminado pelo referencial de juridicidade, entenda mais adequado ao caso. É aqui que se manifesta a independência funcional, não lá.

Indicação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República¹

Ives Gandra Martins*

Tendo o *Instituto dos Advogados de São Paulo*, por seu Presidente, o eminente Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Renato de Mello Jorge Silveira, solicitado minha opinião sobre se a escolha do PGR se limitaria a membros do Ministério Público Federal ou se aplicaria a todos os membros do Ministério Público da União, respondi-lhe como se segue.

Reza o artigo 128, inciso I, da Constituição que:

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;

Por outro lado, o §1º do referido artigo tem o seguinte discurso:

§1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

Como se percebe nitidamente, o legislador supremo, sem hierarquia de funções, mas apenas esferas de competência, dividiu o Ministério Público da União em quatro áreas, com atuação na:

¹ Artigo publicado no Site Busca Legal, em 26/jun./2019. Disponível em: <https://gandramartins.adv.br/artigo>.

* Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU) / Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

- a) Justiça Federal;
- b) Justiça do Trabalho;
- c) Justiça Militar Federal;
- d) Distrito Federal (o Brasil não tem Territórios).

Há no texto, portanto, *esferas* de atuação do Ministério Público, mas não *níveis* de competência com superioridade ou hierarquia de qualquer dos segmentos do Ministério Público da União sobre os outros.

Em outras palavras, há 4 esferas distintas, com competência de atribuições diversas do Ministério Público da União, mas não há hierarquia ou superioridade de qualquer dos segmentos. Todos são igualmente relevantes.

Por outro lado, a própria Emenda Constitucional nº 45/04 que criou o Conselho Nacional do Ministério Público demonstra a inexistência de hierarquia ou níveis nas quatro áreas de atuação de Ministro da União, pois declara que na composição dos 14 membros do CNMP quatro serão membros do Ministério Público da União e não do Ministério Público Federal. Segue o discurso da Carta Magna, em seu artigo 130-A, *caput*, II:

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

I – [...]

II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; [...].

Em outras palavras, o Ministério Público da União, que compõe as quatro carreiras de procuradores, ostenta quatro esferas autônomas de atuação, mas não quatro escalas de importância, sendo, em relevância de atuação, de idêntico nível, qualquer membro do Ministério Público da União que atue em qualquer uma das áreas mencionadas pelo legislador supremo.

Nem mesmo o número de procuradores poderia representar uma hierarquia superior, nada obstante ostentar o Ministério Público do Trabalho número superior de membros do que das demais áreas de atuação do *Parquet* da União.

Ora, o §1º do artigo 128 não se refere ao Ministério Público Federal, nem ao Ministério Público do Trabalho, nem do Distrito Federal ou Militar, mas exclusivamente ao Ministério Público da União para nomeação de Procurador-Geral da República, sendo clara a dicção, que repito, ao dizer:

§1º O *Ministério Público da União* tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República *dentre integrantes da carreira*, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. (grifos meus)

Ao determinar que o PGR será nomeado entre os integrantes da carreira sem qualquer distinção, não distinguiu o MPF, mas, ao contrário, abrangeu todos os procuradores dos quatro segmentos.

Ora, como a nomeação do Procurador-Geral da República é de livre indicação do Presidente da República, à nitidez, poderá nomear Procurador de qualquer dos segmentos mencionados no *caput* do artigo 128.

É evidente que a lista tríplice, tradicionalmente apresentada pelo Ministério Público Federal, é uma sugestão ao Presidente, mas nada impediria que as demais esferas do Ministério Público da União, também, apresentassem uma lista tríplice, pois das quatro áreas de atuação do Ministério Público poderá sair o Procurador-Geral da República.

Causa-me, inclusive, surpresa que até o presente nunca tais categorias tenham apresentado suas listas tríplices.

Por outro lado, a lista tríplice é uma mera sugestão, podendo o Presidente da República acatá-la ou não, pois a Constituição Federal não limita os poderes da Presidência da República de apenas nomear quem da lista tríplice constar.

Qualquer restrição ao poder discricionário de nomeação do Procurador-Geral, que não aquela do §1º de ser o Procurador-Geral da República um Procurador da União, seria claramente inconstitucional, pois não pode legislação infraconstitucional ou decisões assembleares de categorias de servidores públicos restringir o que a Constituição não restringe.

Pensar de forma diferente é incidir na crítica de Francesco Ferrara, em meados do século passado, que no seu livro sobre a interpretação das leis dizia que o pior intérprete é aquele que coloca na lei o que na lei não está por preferências ideológicas ou doutrinárias ou dela tira o que nela está por idênticas antipatias (Francesco Ferrara, “Interpretação e Aplicação das Leis”, 2ª ed., Ed. Coimbra, 1963, p. 129).

Entendo, pois, que poderá o Presidente da República nomear para Procurador-Geral qualquer Procurador da União, seja do Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar ou do Distrito Federal, pois pela inexistência de Territórios não há, de rigor, aqueles de Territórios.

Ética republicana e cidadania solidária¹

Jorge Miranda*

Somente procurando atacar estes desvios nos poderemos aproximar do ideal de uma “sociedade livre, justa e solidária”

Não basta à democracia ancorar-se no Estado de Direito. Torna-se necessário que se alicerce na ética, na ética republicana (tomando aqui república na aceção literal de *res publica*, de coisa pública, norteadada pelo bem comum e pelo cumprimento dos deveres correspondentes).

Os valores da liberdade e da igualdade têm de ser incarnados, concretizados, postos em prática num contexto de cidadania responsável e solidária assumida por todos, representados e representantes, e de estrito sentido de função por parte destes no exercício dos cargos públicos. Têm de ser incarnados, concretizados, postos em prática no respeito mútuo, na boa-fé, na honestidade e na transparência de procedimentos. E sempre como clara distinção entre o que pode ser legítimo interesse pessoal e o que é interesse do Estado.

Há muito, nessa linha, venho preconizando:

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

– Impossibilidade de os titulares de cargos públicos em exclusividade de funções (Presidente da República, presidente do Parlamento, membro do Governo, provedor de Justiça, procurador-geral da República), quando no seu exercício, recebam qualquer outra remuneração além do correspondente vencimento² e impossibilidade de acumularem este com qualquer pensão, mesmo já vencida anteriormente (em contrapartida, é indispensável um aumento significativo dos vencimentos, de legislatura para legislatura, em correspondência com a dignidade dos cargos e com o serviço que prestam, embora longe das remunerações espantosas, num país como o nosso, dos administradores das grandes empresas e dos homens do futebol);

– Responsabilidade política objetiva dos membros do Governo e de dirigentes de entidades públicas, levando-os a pedir a demissão em caso de grave erro ou de ilícito ocorrido nos serviços deles dependentes;

¹ Artigo publicado no site: www.publico.pt em 28/jun./2018.

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

² V. já o artigo *Um problema de dignidade do Estado*. In: *Diário de Notícias*, de 9 de janeiro de 1984.

– Não aceitação por deputados de quaisquer cargos ou funções, a título remunerado ou a título gratuito, do Governo e dos Governos regionais e valendo o princípio igualmente para o âmbito municipal;

– Não aceitação por parte de ex-titulares desses órgãos de atividade em empresas nas áreas das competências que lhes cabiam no exercício das suas funções, por um período de, pelo menos, três anos após esse exercício;

– Não aceitação por juizes e por magistrados do Ministério Público de funções de natureza política;

– Não aceitação da designação como juiz do Tribunal Constitucional de quem tenha exercido cargos de natureza política no Estado, em entidade política ou em partidos políticos, nos últimos três anos; e, inversamente, não aceitação por ex-juizes de designação para cargos de natureza política também nos três anos subseqüentes ao termo do seu mandato.

Nenhuma destas regras ou recomendações requereria revisão constitucional, embora seja de admitir que algumas ficassem mais garantidas através da inserção na Constituição.

Mas o fundamental nestes casos não consiste no que está ou não está na Constituição. O fundamental é a consciência ética dos cidadãos; ou, de outro modo, a exigência cívica de todos os membros da comunidade.

Infelizmente, que longe estamos de uma vida política saudável, coerente com a ética republicana!

Dispensamo-nos de concretizar e de apontar factos e pessoas, até porque bem conhecidos.

Mais grave do que tudo, surge o conúbio de certa classe política com certa classe financeira, degenerando em casos de corrupção ativa e passiva e noutros delitos, bem patentes em processos judiciais em curso há anos e anos. E não é só essa grande corrupção que se verifica; também há a corrupção ou a corrupçozinha a nível nacional e municipal.

Os exemplos, piores, de outros países não nos consolam.

Mas, insisto, porque a ética republicana deve vincular tanto representantes, titulares de cargos públicos, como representados e os cidadãos em geral, evoca alguns comportamentos que se vão verificando dentro do país e que merecem também reparo:

– O largo abstencionismo eleitoral;

– As frequentes faltas de separação entre a atividade política (e até governamental) e a atividade privada;

– As quebras de democraticidade interna em múltiplas instituições e associações;

– O egoísmo corporativo de certos grupos com maior projeção mediática, agravando muitas vezes as desigualdades sociais;

– Numerosas faltas de equidade entre diversos sectores da função pública, como, em certos casos, a progressão na carreira simplesmente pelo decorrer dos anos e sem avaliação de qualidade;

– A intoxicação pelo futebol, levando a não se dar o devido realce aos verdadeiros problemas da vida coletiva;

– A insensibilidade ambiental.

Somente procurando atacar aqueles desvios e procurando vencer estas e outras deficiências, nos poderemos, pelo menos, aproximar do ideal de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 1º da Constituição) ou de “um país mais livre, mais justo e mais fraterno” (Preâmbulo).

A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história

Matheus Muniz Guzzo*

“...vieram cavaleiros nossos, tangendo o troço de presos. Senti pena daqueles pobres, cansados, azombados, quase todos sujos de sangues secos – se via que não tinham esperança nenhuma decente. lam de leva para a cadeia de Extrema, e de lá para outras cadeias, de certo, até para a da Capital. Zé Bebelo, olhando, me olhou, notou moleza. – ‘Tem dó não. São os danados de façanhosos...’ Ah, era. Disso eu sabia. Mas como ia não ter pena? O que demasia na gente é a força feia do sofrimento, própria, não é a qualidade do sofrente”¹.

Até os dias atuais, a origem do Ministério Público é questão controversa entre os estudiosos da história do Direito. Com a evolução do tempo, várias teorias procuraram identificar a concepção dos órgãos ministeriais, consolidando-se firmes dois principais momentos: o Egito antigo e a França filipina. Se não fosse pretenciosa sugestão, os escritos bíblicos revelam uma terceira hipótese: o *mister* de Lemuel, rei de Massá. A este, o ofício afigura-se contemporâneo, numa ideia de instituição, atuando de forma preventiva, em defesa dos interesses públicos, sociais e dos mais vulneráveis, para além da exclusiva prática acusadora.

Há quem diga² que a origem do Ministério Público remota ao funcionário real *magiaí*, responsável por aplicar as punições, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos do antigo Egito. Há mais de 4.000 anos, o servidor do Faraó fazia ouvir as palavras de acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso e, após, tomava parte das instruções para descobrir a verdade.

Citando Mário Vellani, Gabriel de Rezende Filho e Roberto Lyra, o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Hugo Nigro Mazzilli³ reforça que o *magiaí* era quem “(...) acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade”.

* Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ ROSA, João Guimarães. Grande Sertão: Veredas 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 182.

² VELLANI, Mário. Regime jurídico do Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 02.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Manual do Promotor de Justiça. 2ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 01.

Note-se que essa corrente aproxima o Ministério Público daquele carrasco funcionário real por uma aparente – e equivocada – semelhança no dever basilar de acusar, acima de tudo, perseguindo a condenação daquele que transgredia as normas de conduta. No Egito, portanto, existia a figura de um “órgão acusador”, por poucas vezes responsável pela tutela do lamento da viúva e da orfandade do abandonado.

A jurista francesa Michèle-Laure Rassat ainda assegura a possibilidade de se encontrar traços da instituição na Antiguidade Clássica e na Idade Média, nas figuras dos *procuratores caesaris* e *saions germânicos*⁴. É, entretanto, na pessoa do *Gemeiner Anklager*, da Alemanha, que bem se afigura o “comum acusador”, encarregado de exercer a acusação quando o particular permanecia inerte, como ensina Tourinho Filho⁵.

A doutrina majoritária, porém, afirma que o Ministério Público nasce da Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei que teria ordenado aos seus procuradores que jurassem a mesma fidelidade dos juízes, sem o patrocínio de causas a particulares, isto é, fiel à coroa, como assegura Hugo Mazzilli⁶, em seu “Manual do Promotor de Justiça”.

Paulo Rangel⁷, do mesmo modo, acredita que a origem do Ministério Público tem lugar na França:

A origem do Ministério Público, mais precisa da instituição, vem do direito francês, na figura dos *procureur du roi* (procuradores do rei), nascendo e formando-se no judiciário francês. Na França, era vedado que os Procuradores do Rei patrocinassem quaisquer outros interesses que não os da coroa, devendo prestar o mesmo juramento dos juízes.

Rangel⁸ assinala que aquele órgão constituía-se uma “verdadeira magistratura diversa da dos julgadores”. Do “assoalho” (*parquet* em francês), os procuradores do rei se dirigiam diretamente aos magistrados que estavam sentados, porém o faziam de pé. Surge, por isso, a expressão Magistratura de Pé, atribuída ao Ministério Público.

Novamente, Hugo Mazzilli⁹ tece preciosos comentários sobre a atuação ministerial quando da sua suposta origem:

No sentido, porém, de referir-se à instituição de que ora nos ocupamos, segundo levantamento feito por Mario Vellani, a

⁴ RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, Paris. 1967, p. 07 e 11.

⁵ FILHO, Tourinho. *Processo penal*. Saraiva, 1982, v. 2, p. 289.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 03.

⁷ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.117.

⁸ RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.118.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 03.

expressão *ministère public* passou a ser usada com frequência nos provimentos legislativos do século XVIII, ora designando as funções próprias daquele ofício público, ora referindo-se a um magistrado específico, incumbido do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, dizendo respeito ao ofício. Em algumas cartas de 1730 e 1736, do chanceler francês, recolheu o jurista peninsular algumas frases em que a expressão é usada, sem que se possa supor sua novidade: “[...] lorsque le besoin de ministère public [...]”; “[...] ceux qui exercent le ministère public [...] en honorant le ministère des gens du roi [...]”. A expressão passou, posteriormente, a frequentar assiduamente ordenanças e éditos (1765, 1777, 1788 etc.).

Dito isso, é visível que a doutrina clássica indica dois marcos comuns do nascimento do Ministério Público, sendo – aparentemente – mais consenso o surgimento do *Parquet* com a própria origem linguística da palavra. A Ordenança de 1302, de fato, apresenta o primeiro diploma legal a tratar efetivamente dos Procuradores do Rei.

A história, entretanto, aquela não tão bem registrada em *papyrus* também ocupa espaço importante na evolução da sociedade moderna, digna de respeito e exame científico-jurídico.

Pondo-se em observância dos escritos bíblicos, identifica-se no Livro de Provérbios a figura de Lemuel, rei de Massá (um dos nomes do lugar perto de Refidim¹⁰), onde os israelitas receberam um milagroso suprimento de água, segundo a crença religiosa. Lemuel foi responsável por escrever a íntegra do capítulo 31 de Provérbios, cujas orientações trazem recomendações de cunho ético e moral para a formação de um rei, ensinadas pela sua mãe, esta com identidade oculta na Bíblia.

Não se sabe exatamente quando ou onde foi escrito o livro de Provérbios, mas crê-se, tradicionalmente, que a compilação inicial tenha ocorrido durante o reinado de Salomão, em Jerusalém, entre 1015 a.C. e 975 a.C., sendo provável que muitos provérbios surgiram de tradições orais existentes antes mesmo da época de Salomão.

A tradição cristã¹¹ ensina que Massá, local onde Lemuel reinava, surge de um acontecimento paranormal pelas mãos de Moisés:

Moisés e alguns dos anciãos de Israel, conforme mandados por Jeová, foram à rocha em Horebe. Moisés golpeou ali a rocha. A água que começou a sair fluíu como rio ali pelo ermo. Subsequentemente, Moisés chamou o lugar de Massá (que significa “Teste; Prova”), porque os israelitas haviam posto Jeová à prova com resmungos sem fé e, por causa da altercação deles, ele o chamou de Meribá (que significa “Altercação”). – Êx. 17:1-7; Sal. 105:41.

¹⁰ Segundo a tradição cristã, Refidim é um dos lugares visitados pelos israelitas no relato bíblico do Êxodo do Egito.

¹¹ Disponível em: <https://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/1200002925#h=3>, acesso em 26/03/2019.

“Meu filho, filho de minhas entranhas, que te direi eu?”¹² O questionamento a Lemuel, no início do capítulo 31, deixa clara a preocupação da mãe quanto à boa formação do filho. Os ensinamentos ao profeta formam, *v.g.*, o epílogo da Mulher Virtuosa. A despeito de tais registros, ata-se o presente trabalho a investigar dois versículos, os de 8 a 9, que guardam relevante identidade com o estudo que se debruça:

Abre a tua boca a favor do mundo
pela causa de todos os abandonados;
abre tua boca para pronunciar sentenças justas;
faze justiça ao aflito e ao indigente.

O trecho acima transcrito é a transcrição exata da orientação da mãe de Lemuel. Vê-se, pois, a cautela daquela educadora ao seu ascendente que, sabidamente, assumiria o ofício de falar “a favor do mundo”, de lutar pelo interesse dos “abandonados, dos aflitos e dos indigentes”, fazendo, pois, “justiça”.

Lemuel seria um encarregado especial de pronunciar-se sempre em favor de todos (do mundo). A ideia da coletividade representada pela presença de um só responsável por se manifestar em promoção do todo começa a traçar linhas de semelhança daquela autoridade pública revestida de compromisso com os comuns aos quais lhe foi confiado representar.

Os abandonados, então, gozavam de uma proteção. Longe de qualquer privilégio, tratava-se de um necessário amparo a esse grupo de vulneráveis sem qualquer expressão social positiva. Sem distinção, as diretrizes miravam a todos os abandonados: registro ímpar da indiscriminada tutela das minorias. E, a aflição do homem que porventura teve algum direito violado também deveria ser objeto do ofício de Lemuel. A ele, socorrer-se-ia a vítima desamparada, o ofendido, o aflito, em busca do conforto que traz a garantia da esperança.

A sentença justa era pronunciada pelo detido procurador da justiça.

Ao indigente, abandonado nas periferias de Refidim, a garantia de seus direitos fundamentais. Ao público, ao social, aos incapazes, eis Lemuel, que era, para muitos teólogos eruditos, o próprio Salomão.

O homem de todos assumia um papel fundamental na defesa dos grupos vulneráveis, sendo-lhe atribuído, pelas ordens da sua maior autoridade – sua mãe – o dever de promover a justiça. Lemuel atua pelo todo, inclusive agindo com a rigidez necessária para reparar a aflição do que sofre, coibindo a propagação do erro e resgatando o estado de paz.

¹² BÍBLIA. Provérbios. Revisada por Frei João Pedreira de Castro. São Paulo: Ave-Maria, 2003. p. 815.

Não é à toa que Massá traduz-se “prova” ou “teste”. Se, de um lado, o teste em que o povo israelita ousou pôr a Jeová, demonstrando a falta de crença e o desrespeito às leis preestabelecidas, de outro, a prova fundamental para o alcance de uma sentença justa. Massá guarda vínculo estrito com o ofício de Lemuel. A prova guarda vínculo estrito com o ofício do procurador.

O nome do rei tem origem hebraica e significa consagrado, separado ou dedicado a Deus¹³. Lemuel teria nascido predestinado ao seu ofício, agraciado pelas correções de sua mãe, autoridade superior na terra, a quem, na ocultação do anonimato, fora responsável pela formação do que se conclui ter sido um dos primeiros membros do Ministério Público.

A desconhecida mãe de Lemuel assumia no seu *mister* o *status* de norma hipotética fundamental. Ainda que no topo da hierarquia daquele povo, o rei recorria às diretrizes de uma entidade maior, responsável por orientá-lo sobre a legalidade, razoável e proporcional, dos seus atos decisórios em prol da pacificação social.

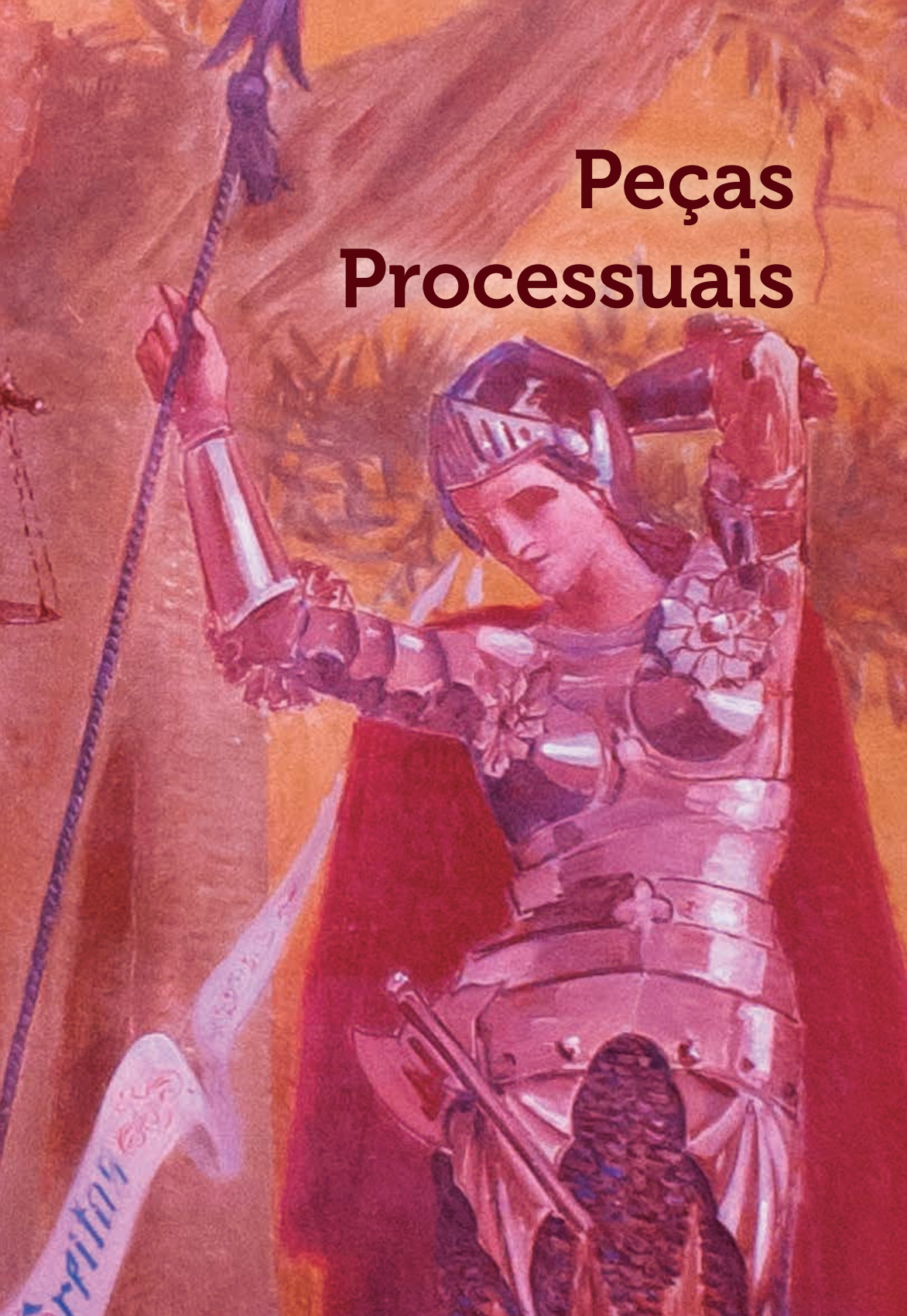
A despeito do caráter religioso da teoria – ponto inútil ao debate –, vê-se que os registros bíblicos compõem valoroso acervo indicativo da existência de um pioneiro das atribuições ministeriais, principalmente encarregado de tutelar os interesses coletivos. O presente trabalho busca iniciar as indagações acerca da existência desse precursor do *Parquet*, doutrinador do *magiaí* e inspirador da atualidade.

¹³ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lemuel>, acesso em 26/03/2019.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO MPRJ Nº 2019.00147888

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do recebimento do Ofício OP/SEOP-S/E nº 958/2018, do Secretário Municipal da Ordem Pública do Município do Rio de Janeiro, em que solicita seja avaliada a possibilidade de “destinação de recursos de eventuais condenações em ações civis públicas” ao Fundo Especial de Ordem Pública, instituído pela Lei nº 6.235/2017.

Segundo informa o requerente, as finalidades do referido fundo visam a prover recursos para suprimir despesas de investimentos e custeio de atividades de interesse da ordem pública da Cidade do Rio de Janeiro, especialmente: (i) investimentos na área de tecnologia; (ii) financiamento de programas, convênios e projetos especiais de prevenção às infrações penais e administrativas; (iii) modernização da guarda municipal; (iv) aprimoramento dos recursos humanos vinculados à guarda municipal; (v) propagandas e esclarecimentos públicos; (vi) financiamento para que representantes do Município participem de eventos realizados no Brasil e no exterior sobre segurança e ordem pública; (vii) intercâmbio de especialização de servidores públicos; (viii) campanhas educativas etc.

Às fls. 4-6, encontra-se encartada cópia da Lei Municipal nº 6.235, de 25 de agosto de 2017, que instituiu o Fundo especial de Ordem Pública do Município do Rio de Janeiro.

O feito veio à consideração desta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 7.

II

Conforme se depreende pelo requerimento apresentado, almeja-se que o Ministério Público, em sua atuação como órgão agente, por meio dos seus principais instrumentos de atuação funcional, a ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta, direcione recursos ao Fundo Especial de Ordem Pública do Município do Rio de Janeiro, de modo a financiar atividades do seu interesse.

A disciplina afeta à ação civil pública foi estabelecida pela Lei nº 7.347/1985, recepcionada pelo art. 129 da Constituição Federal de 1988, que a concebeu como uma das funções institucionais do Ministério Público e ampliou o seu objeto, de modo a incluir a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos.

Tal como a ação civil pública, o objetivo do termo de ajustamento de conduta, enquanto instrumento utilizado pelo Ministério Público, é o de sanar qualquer irregularidade, visando sempre à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Especificamente em relação ao TAC, o ordenamento jurídico permite ao Ministério Público a sua celebração, que terá força de título executivo extrajudicial. Inteligência do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), do art. 211 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 90 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Esse compromisso pressupõe um ajuste entre o Ministério Público e o violador (atual ou iminente) da norma, no qual, além de serem estabelecidas as obrigações a serem cumpridas para a recomposição da legalidade, são fixadas as respectivas penalidades para a sua inobservância.

– Da destinação de recursos oriundos de ação civil pública e termo de ajustamento de conduta

Especificamente em relação à destinação, gestão e aplicação de recursos derivados de acordos ou condenações judiciais nessa seara, a legislação é bastante clara, devendo os recursos, em síntese, ser utilizados na reparação dos danos causados, mediante, por exemplo, a recuperação de bens, a promoção de eventos educativos e científicos e a modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no art. 10 da Lei nº 7.347/1985.

Por outro lado, constata-se uma lacuna legislativa em relação aos recursos eventualmente advindos de multas decorrentes de termos de ajustamento de conduta. A partir de interpretação sistemática, é possível concluir que os recursos deverão ser igualmente aplicados na reparação dos danos causados, direta ou indiretamente, uma vez que os TACs visam à reparação dos danos decorrentes de ações ou omissões em detrimento de interesses difusos e coletivos. Porém, mesmo se extraindo da norma que os recursos, em geral, devem ser aplicados em projetos tendentes à reparação dos danos causados, uma das alternativas para transpor o silêncio seria encaminhá-los ao Fundo de Proteção aos Direitos Difusos, ou correlato, nos Estados ou Municípios, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

Ainda sobre os recursos advindos da celebração ou execução de termo de ajustamento de conduta, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, cujo art. 5º dispõe que *“[a]s indenizações pecuniárias referentes a danos, a direitos ou interesses difusos e coletivos, quando não for possível a reconstituição específica do bem lesado, e as liquidações de multas deverão ser destinadas a fundos federais, estaduais e municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985”*.

Desta forma, pode-se extrair dos referidos comandos que as indenizações pecuniárias oriundas do TAC deverão ser destinadas a fundos federais, estaduais e municipais que tenham a mesma finalidade do Fundo de Proteção aos Direitos Difusos. O comando central, portanto, é a destinação de tais recursos a fundos que se equiparem ao FDD. Não obstante o disposto no *caput* do art. 5º, a Resolução editada pelo CNMP também prevê outras formas de destinação dos recursos, *verbis*:

Art. 5º (...)

§1º Nas hipóteses do *caput*, também é admissível a destinação dos referidos recursos a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma natureza, ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos, a depósito em contas judiciais ou, ainda, poderão receber destinação específica que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Projeto de Lei nº 1.611/2000, que cria o fundo de defesa de direitos difusos de que tratam os arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347/1985, dispõe sobre o seu conselho gestor e dá outras providências, tramita pela casa legislativa sem que tenha sido convertido em lei.

– Da finalidade contábil-financeira do Fundo Especial de Ordem Pública de que trata a Lei Municipal nº 6.235/2017

O art. 1º do Fundo Especial de Ordem Pública dispõe sobre sua natureza contábil-financeira, com a finalidade de prover recursos para suprir despesas de investimento e custeio, incluindo encargos de capacitação, aperfeiçoamento, desenvolvimento e modernização das atividades de interesse da ordem pública na Cidade do Rio de Janeiro.

Conclui-se que, sendo o fundo o produto de receitas específicas vinculadas à realização de determinados objetivos e serviços, constitui-se tão somente em unidade contábil e orçamentária.

Vê-se, ainda, que o Conselho Gestor do Fundo Especial de Ordem Pública, responsável pela aplicação dos recursos e pelo controle de suas atividades, é composto exclusivamente por representantes políticos vinculados ao Poder Executivo Municipal.

Diferentemente, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), regulado pela Lei nº 9.008/1995, foi instituído com o intuito de assegurar a indenização por danos patrimoniais e morais causados a direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor, entre outros), nas hipóteses em que não fosse possível a reparação *in natura*, mediante o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar. Portanto,

é um instrumento legal regido pelo princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), enquanto o Fundo Especial de Ordem Pública visa a prover recursos para suprimir despesas inseridas dentro de uma política pública local.

A Lei da Ação Civil Pública, a fim de assegurar maior proteção aos direitos difusos e coletivos, vai além da previsão de pagamento de indenização pecuniária, pois, ao dispor, no seu art. 13, sobre a destinação dessa indenização para um fundo federal e seus congêneres nos Estados e Municípios, o faz prevendo uma finalidade específica: a reconstituição dos bens lesados.

Na seara privada, eventual indenização pecuniária poderá ser utilizada pelo titular do bem lesado na finalidade que melhor lhe aprouver, o que não ocorre no campo dos direitos difusos e coletivos, para o qual a indenização deve reverter em prol da restauração dos bens que sofreram o dano.

Portanto, como se extrai da Lei da Ação Civil Pública e da Lei nº 9.008/1995, a destinação primígena dos recursos do Fundo de Direitos Difusos deveria ser a reparação do próprio dano que ensejou a condenação. Não sendo possível que a indenização pecuniária reverta para recuperação específica, deveria, prioritariamente, ser destinada a outro bem difuso ou coletivo correlato ao danificado.

Nesse sentido, a utilização dos recursos para promoção de eventos educativos, científicos e para a edição de material informativo, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos, prevista no §3º do art. 1º da Lei nº 9.008/1995, seria cabível apenas quando a recuperação do dano específico ou correlato fosse impossível, sendo uma outra forma de compensação por equivalência.

III

Portanto, não parece juridicamente viável, a esta Consultoria Jurídica, a pretensão formulada, a qual, é importante frisar, passa pela avaliação de cada órgão de execução.

Rio de Janeiro, 9 de janeiro de 2019.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DE ASSUNTOS CÍVEIS E INSTITUCIONAIS
ASSESSORIA DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA EM MATÉRIA CÍVEL

MPRJ nº 2017.00535809

Assunto: Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: 2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara Cível

Suscitado: 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva

PARECER DA ASSESSORIA

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela 2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara Cível em face da 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar em Ação Civil Pública proposta por associação que visa à tutela de direitos individuais homogêneos da categoria que representa. Formação do procedimento em descompasso com a norma de regência. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Declínio de atribuição sob a premissa de ilegitimidade ativa da associação autora. Manifestação não submetida à apreciação do Poder Judiciário. Processo que se encontra em pleno curso, sem que o Juiz singular ou o Tribunal houvessem, sequer, tangenciado a questão relativa à legitimidade ativa, a qual permanece hígida. Atribuição do órgão suscitado. *Ex vi* do art. 2º, *caput*, e inciso VI da Resolução GPGJ nº 2.038/2016. Parecer no sentido de que, conhecida e acolhida a suscitação, seja declarada a atribuição da 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva para prosseguir oficiando no feito.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de conflito negativo de atribuição, em que figura como órgão suscitante a 2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara Cível e como órgão suscitado a 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva, a respeito da atribuição para atuar no Agravo de Instrumento nº 0059763-68.2016.8.19.0000, em curso na 1ª Câmara Cível, interposto pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RESSEGUROS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SINTRES em face de BRASIL RESSEGUROS S/A – IRB e de MEDISERVICE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE S/A, visando a tutelar direitos

dos empregados e a declarar a nulidade da alteração unilateralmente procedida pelos réus em junho de 2016 nos planos de saúde, restabelecendo de forma plena as condições de custeio anteriormente contratadas.

O órgão suscitado declinou da sua atribuição – de ordem – com base no art. 2º da Resolução GPGJ nº 2.038/2016 c/c o art. 5º da Lei nº 7347/1985 (fls. 22/23).

Contrapondo-se, o órgão suscitante responde às fls. 02/16 afirmando que o art. 8º, III, da CR, regulamentado pelos arts. 3º da Lei nº 8073/1990 e 5º da Lei nº 7347/1985, confere a necessária legitimidade para que os sindicatos ajuízem Ação Civil Pública. Em abono de sua tese, indicou doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores e da corte fluminense.

Informa, ainda, que a Procuradora de Justiça MÁRCIA TAMBURINI PORTO SARAIVA, titular da 9ª PJTC, manifestou-se regularmente nesses mesmos autos, inclusive, reconhecendo a legitimidade do referido sindicato para figurar no polo ativo da relação processual.

Arremata pugnado pela declaração da atribuição do órgão suscitado com vistas a uniformizar o entendimento em relação a casos análogos, porque outros Procuradores de Justiça daquelas especializadas estariam adotando comportamento idêntico.

Instruiu sua peça de oposição com cópias vistas às 17/39.

Esse é o breve relatório.

I - DA ADMISSIBILIDADE

Conforme a lição de Emerson Garcia, configura-se o conflito negativo de atribuições quando “*dois ou mais órgãos de execução do Ministério Público entendem não possuir atribuição para a prática de determinado ato*”, indicando-se, reciprocamente, um e outro, como sendo aquele que deverá atuar.¹

Tendo em mira essa conceituação, cumpre registrar, *prima facie*, que o órgão suscitante, ao receber o processo e redistribuí-lo para o órgão suscitado, afirmando ser deste o dever de oficiar, operou verdadeiro declínio de sua atribuição (fls. 02, segundo parágrafo e fls. 18/22).

Ocorre que, ao receber o processo e devolvê-lo ao ora suscitante (então declinante), o suscitado acenou negativamente em relação à sua atribuição (fls. 02/03 e 23/25). O correto, nessa hipótese, seria que tivesse suscitado o conflito negativo, mas não o fez, limitando-se a devolver o feito, e por ordem.

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 196.

Apesar do descompasso entre a opção efetuada e a normativa de regência, entende-se aplicável à espécie o princípio da instrumentalidade das formas inserto no art. 283, *caput*, e Parágrafo Único do CPC.²

Com precisão cirúrgica, o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³ pontifica que:

É preciso levar em conta, ademais, que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, mormente porque todo o processo é polarizado pelo fim de realizar a justiça material do caso concreto, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

Nessa esteira de ideias, é perfeitamente possível empregar-se tal conversão nos procedimentos administrativos com vistas a que, mediante o aproveitamento do suporte fático subsistente, obtenha-se a eficácia necessária para atingir o fim desejado, ainda que de outra forma⁴, mormente nesse caso, quando se sabe que as intimações são lançadas no âmbito virtual sem discriminar se dirigidas às procuradorias genéricas ou se às especializadas, não sendo incomum que aquelas, inadvertidamente, abram intimações destas, porque ambas, embora com atribuições compartimentadas, atuam perante o mesmo órgão jurisdicional.

Superada essa etapa, a questão levantada observou a forma e o prazo previstos no art. 5º, Parágrafo Único da Resolução GPGJ nº 1769/2012,⁵ sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse consoante disposto nos arts. 10, X, da Lei nº 8625/1993⁶ e 11, XVI, da Lei complementar nº 106/2003 do ERJ.⁷

Nessa esteira de ideias, a suscitação é tempestiva e encontra-se corretamente endereçada, restando caracterizado o conflito negativo de atribuições que deve, portanto, ser conhecido.

² Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo – Valorativo em confronto com o formalismo excessivo*. São Paulo: Revista de Processo, ano 31, nº 137, jul. 2006, p.10.

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos artigos 275 a 293 in: AMARAL, Antonio do Passo; CAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 445.

⁵ Art. 5º – Parágrafo único – Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será suscitado, de modo fundamentado, nos próprios autos ou em petição dirigida ao Procurador-Geral de Justiça, que decidirá a questão no prazo de 30 (trinta) dias.

⁶ Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva oficiar no feito;

⁷ Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva oficiar no feito;

II - DO MÉRITO

Assim como ocorre com o processo jurisdicional, no qual a identificação do órgão judicial competente é extraída dos próprios elementos da ação, também a identificação do órgão ministerial com atribuições para certo caso deve partir da hipótese concretamente considerada, ou seja, dos dados do caso concreto que constitui seu objeto. Nesse sentido ensina a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁸ e Athos Gusmão Carneiro.⁹

O presente caso concreto trata de Ação Civil Pública proposta pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RESSEGUROS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINTRES que, atuando na condição de substituto processual, visa à defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria que representa.

O debate foi encaminhado pelos conflitantes na direção de estabelecer se o sindicato teria, ou não, legitimidade para propor a ação coletiva.

Não parece que esse seja o ponto nodal da questão para fixar-se a atribuição ministerial!

Veja-se que a ACP foi intentada em primeira instância perante o Juízo da 1ª Vara Empresarial, tendo a respectiva petição inicial sido regularmente recebida pelo senhor Juiz singular que negou o pedido de tutela de urgência formulado pelo autor.

Contra essa decisão, foi interposto Agravo de Instrumento inicialmente distribuído à 25ª Câmara Cível que, entendendo inexistir relação de consumo, declinou de sua competência em favor de uma das câmaras cíveis não especializadas, tendo o feito sido recebido pela 1ª Câmara Cível,¹⁰ que logo abriu vistas do processo para que o órgão suscitante se manifestasse.

Desses fatos extrai-se, sem sombras de dúvidas, que a ACP foi recebida e processada em ambas as instâncias sem que os correspondentes juízos se pronunciassem acerca da legitimidade do sindicato para demandar a matéria versada naqueles autos.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250/252.

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 56.

¹⁰ *Agravo de Instrumento nº 0059763-68.2016.8.19.0000 - Agravante: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RESSEGUROS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINTRES - Agravado: IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A. E OUTRO - Juízo de Origem: 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital - Relatora: JDS. Des.ª Isabela Pessanha Chagas - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO INTERPOSTO PELO PARTE AUTORA.*

1- Recurso que visa o restabelecidas as condições de contribuição do plano de saúde originário de norma interna do IRB, editada em junho de 1978;

2- *Competência desta Câmara restrita às demandas de natureza consumerista, ou seja, em razão da matéria, é absoluta.* Lei Estadual nº 6.375/12, artigo 3º, §1º - As Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª terão competência especializada nas matérias cujo processo originário verse sobre direito do consumidor;

3- Demanda versa sobre acordo coletivo trabalhista, firmado com fundamento em Regimento interno da empresa ré, IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A., sendo uma relação de direito civil que não configura uma relação de consumo, sendo a Câmara Especializada absolutamente incompetente para julgar a causa. *DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA UMA DAS CÂMARAS CÍVES NÃO ESPECIALIZADAS. AUTOS ENCAMINHADOS PARA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA, VISANDO À REDISTRIBUIÇÃO.*

Anote-se que, tanto o Juiz de piso quanto a 1ª Câmara Cível, caso assim entendessem, poderiam reconhecer, de ofício,¹¹ a ilegitimidade ativa¹² do sindicato, *ex vi* do disposto no art. 485, VI e §3º CPC,¹³ sendo de se destacar que, na hipótese, o tema parece ter sido deduzido na contestação, como se infere da manifestação ministerial vista às fls. 31/34 deste procedimento.

A inarredável conclusão a que se chega é a de que a ACP encontra-se em pleno curso,¹⁴ permanecendo hígida a legitimidade do sindicato, ante a ausência de decisão judicial que a afaste.¹⁵

Sob esse prisma, a atribuição para atuar nos autos da ACP é do órgão suscitado, consoante o que prevê o art. 2º, *caput*, e inciso VI da Resolução GPGJ Nº 2.038/2016.¹⁶

À guisa de registro, o entendimento manifestado pela titular da 9ª PJTC, Procuradora de Justiça MÁRCIA TAMBURINI PORTO SARAIVA, no sentido de reconhecer a legitimidade do referido sindicato para figurar no polo ativo da relação processual, não vincula, por óbvio, o entendimento da Procuradora de Justiça HELOISA CARPENA VIEIRA DE MELLO por força do princípio da independência funcional.¹⁷ Entretanto, no caso vertente, essa independência não tem o condão de autorizar a não intervenção nos autos ao argumento de falecer atribuição; pelo menos da forma singela como foi efetuada.

A Procuradora HELOISA tem total liberdade para externar sua posição – divergindo da direção anteriormente apontada nos mesmos autos por outro membro do *Parquet* – com o intuito de incutir no julgador a ideia de que o sindicato não é parte legítima, mas deve fazer isso nos autos, no exercício da atribuição que lhe cabe, ao menos enquanto não houver declaração judicial que eventualmente reconheça a alegada ilegitimidade.

¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Novo Código de Processo Civil Anotado e Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 270.

¹² Enfim, o inciso VI do art. 485, CPC, que autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade, deve ser compreendido como se dissesse respeito apenas à *falta de legitimidade extraordinária*, pois a falta de legitimidade ordinária equivale à não titularidade do direito discutido, hipótese clara de improcedência do pedido nos termos do inciso I do art. 487 do CPC, *in*: DIDIER JR., Fredie. Da Jurisdição e da Ação. *In*: AMARAL, Antonio do Passo; CAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 63/64.

¹³ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

§3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

¹⁴ Confira-se o andamento processual.

¹⁵ É possível, até mesmo, que o silêncio do Judiciário seja eloquente, como se vê da abordagem efetuada por Humberto Dalla: “São, portanto, legitimados a ajuizar a ação civil pública (...) as associações constituídas há pelo menos um ano (*muito embora o próprio §4º do art. 5º permita ao juiz desconsiderar essa exigência, diante do manifesto interesse social da hipótese*).” *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo, Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 719.

¹⁶ Art. 2º – *Incumbe às Procuradorias de Justiça de Tutela Coletiva, na qualidade de órgão agente ou interveniente, oficiar nos recursos interpostos em ações civis públicas e de improbidade administrativa, nos respectivos incidentes e procedimentos cautelares conexos, bem como tomar ciência de decisões, interpor recursos e participar de julgamentos dos processos correspondentes, com exclusão de matéria infanto-juvenil coletiva, observada a seguinte repartição de atribuições:*

VI – a 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva oficiará nos processos e sessões das 1ª e 7ª Câmaras Cíveis;

¹⁷ Nesse sentido, veja-se: GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e Regime Jurídico*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 164/167.

Em outras palavras, o enfrentamento da legitimidade deve ser efetuado pelo órgão que tem atribuição para o feito. Desafia a lógica que um órgão primeiro analise se há legitimidade ativa da associação para, concluindo pela negativa e sem provocar uma decisão judicial, decline de sua atribuição com base nessa premissa, mormente nessa hipótese em que, caso o tribunal acolhesse a arguição, o desfecho não seria o deslocamento da atribuição, mas a extinção do processo sem resolução do mérito.

De concluir-se, portanto, que razão assiste ao suscitante.

Em face do exposto, manifesta-se esta Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível no sentido de, *conhecido o conflito negativo de atribuições, seja julgado procedente, com vistas à declaração da atribuição da 6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva*, para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2017.

MARLON OBERST CORDOVIL

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Ref.: MPRJ 2017.00535809

Órgão de origem: 2ª Procuradoria de Justiça junto à 1ª Câmara Cível

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da *6ª Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva*. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

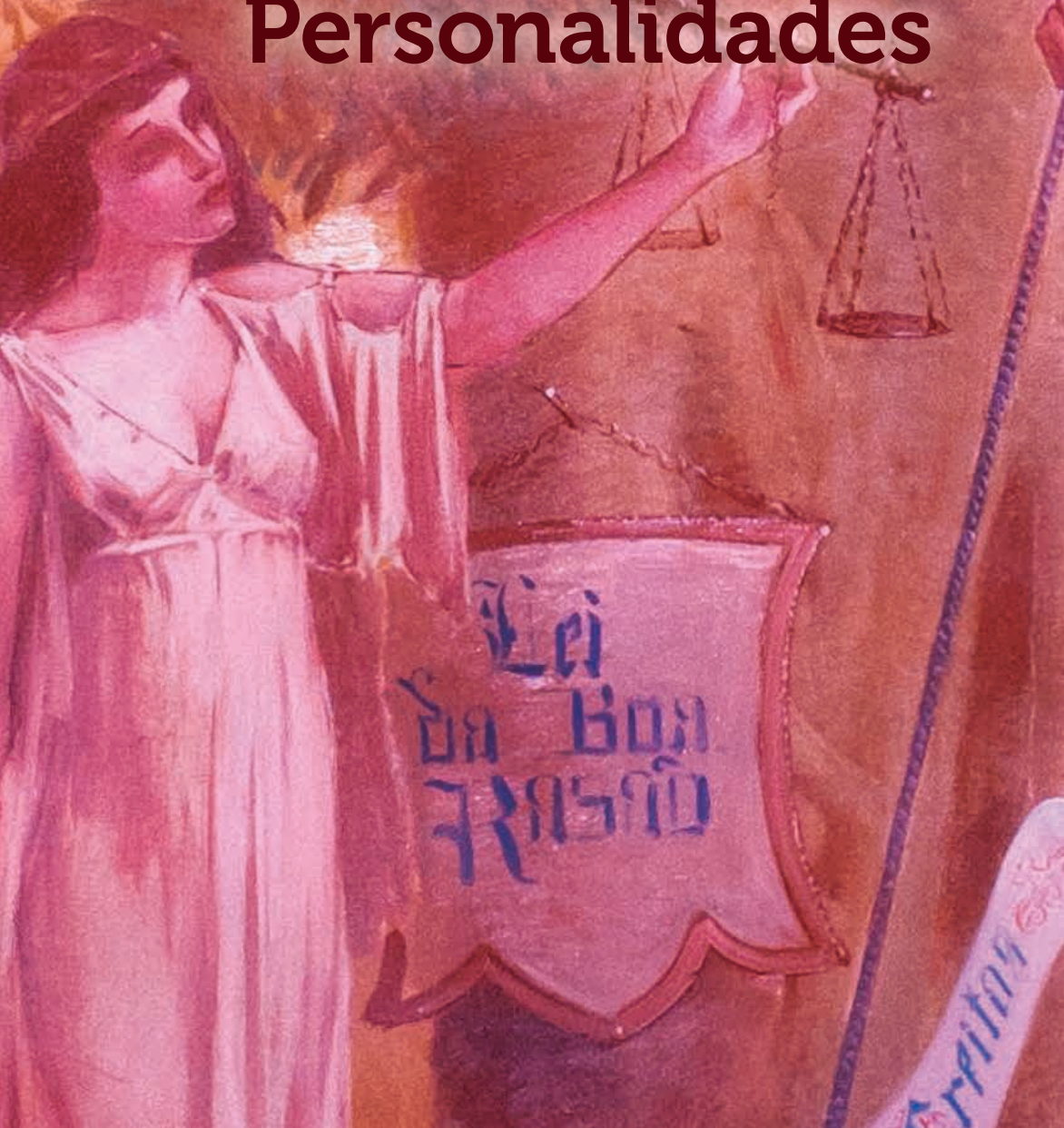
ALEXANDRE ARARIPE MARINHO

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais
(em exercício)



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Dois Civilistas e o Ministério Público: Dr. Norton Esteves e Dr. David Milech

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora
Isaura Siqueira Neta – Transcrição
Nataraj Trinta / Nayara dos Santos – Adaptação



À esquerda, de pé: o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e a Corregedora-Geral do MP RJ, Luciana Sapha; sentados, da esquerda para a direita: Dr. David Millech, Dr. Norton Esteves e Dr. Márcio Klang

Apresentação: Procurador Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem e a Corregedora-Geral do MP RJ, Luciana Sapha

Eduardo Gussem: Queria cumprimentar os entrevistados, parabenizar mais uma vez Márcio Klang.

Estou aqui ao lado da nossa Corregedora, Luciana Sapha e, mais uma vez, destaco a grande importância desse momento. Talvez seja um dos momentos mais emblemáticos do nosso Ministério Público hoje em dia, porque resgatar a nossa memória, relembrar fatos importantes, para nós, é fundamental! E hoje aqui com a

presença do Dr. David Milech e do Dr. Norton, meu companheiro, inclusive, de Associação do Ministério Público, para nós, é motivo de grande orgulho e satisfação.

Quero também destacar, mais uma vez, Márcio, a importância da exposição. A primeira exposição institucional que está sendo realizada no 4º andar do Prédio das Procuradorias.

É a primeira exposição de muitas que virão e já estão encaminhadas. E repito: esse trabalho, para todos nós do Ministério Público, enobrece. O Ministério Público do Rio de Janeiro, como dito aqui pelo Dr. Ertulei Laureano Matos, é um Ministério Público de vanguarda, que esteve sempre à frente do seu tempo. Agora, temos a nossa representação em Brasília. No primeiro momento, houve uma reflexão sobre isso. Hoje em dia, somos acompanhados por pelo menos outros cinco estados e não tenho dúvida que, no futuro próximo, todos os outros Ministérios Públicos Estaduais estarão sediados lá também. Então, parabênizo, mais uma vez, a todos e registro aqui a nossa enorme satisfação!

Luciana Sapha: Aproveito para parabenizar o Dr. Márcio Klang e felicitar os nossos convidados. Conheci os dois pequena. Tenho que deixar registrado esse detalhe importante. Portanto é uma honra participar desse evento tão amável e tão importante para a nossa instituição.



Dr. Norton Esteves

Quem é Norton Esteves?

M. Klang: Quem é Norton Esteves Pereira de Mattos?

N. Esteves: Eu nasci no Rio de Janeiro e estudei na UFRJ. Na época, Faculdade Nacional de Direito, na Rua Moncorvo Filho.

M. Klang: Quando a gente conversou antes, você falou que estudou num internato. Fale-me um pouquinho do internato.

N. Esteves: O internato foi no Colégio Brasileiro de São Cristóvão, ficava na Rua Fonseca Teles. Uma rua que sobe, uma elevação perto do campo de São Cristóvão.

M. Klang: Internato? Você ficava lá de que dia a que dia?

N. Esteves: Ficava lá até sexta-feira. Sábado e domingo podia sair para a casa da família.

Uma das pessoas que estava no internato também era o Dr. Marcello Alencar, com o irmão dele, Maurício Alencar. Ele era mais velho que eu um pouquinho. O irmão dele tornou-se engenheiro, já o Marcello teve uma vida conhecida: prefeito, governador, presidente do Banco do Estado do Rio de Janeiro (BANERJ).

Depois do Colégio São Cristóvão, fui para a Faculdade Nacional de Direito, onde me formei em 1951 e comecei a advogar.

Meu tio era advogado e trabalhava junto com o Dr. Celso Fontenelle. Fui estagiar lá. No escritório, atuavam dois membros do Ministério Público do Distrito Federal. Eles começaram a me incentivar, sugerindo que eu prestasse concurso para o Ministério Público. À época, gostava muito do Direito Penal, gostava muito de assistir os júris. Como dizia um velho professor: "A pessoa namora o Direito Penal e casa com o Direito Cível". Após algum tempo, filiei-me mais ao Direito Cível.

O primeiro concurso que apareceu foi do antigo Estado do Rio. Era interessante porque eu recebi um convite de uns colegas para frequentar um cursinho gratuito, dado pelo juiz e depois desembargador, Jalmir Gonçalves da Fonte, de Niterói. Éramos uns vinte mais ou menos. Todos íamos para Niterói duas vezes por semana. O curso, que era na casa do juiz, tinha um aspecto interessante: a mulher dele nos dava lanche no intervalo. Todos os vinte foram aprovados no concurso.

No antigo Estado do Rio, havia uma legislação que permitia ao advogado ser nomeado substituto de Promotor por indicação de algum deputado. A indicação era enviada pelo Secretário de Justiça ao Governador que, então, assinava a nomeação. Entretanto, você era nomeado apenas para substituir um determinado Promotor, durante suas férias e licenças.

Fui nomeado para substituir um Promotor em Santa Maria Madalena, terra da Dercy Gonçalves e do saudoso e combativo Promotor Mario Portugal Fernandes Pinheiro. Assim, durante as férias e as licenças do Promotor, eu atuava lá.

Há um caso interessante: o escrivão me trazia os processos com uma tirinha dentro indicando o que eu devia falar. Pedi ao escrivão que não fizesse mais isso e então ele explicou que fazia isso com o antigo Promotor. Após o pedido, nunca mais fez comigo.

Em dezembro de 1965, fiz o concurso e, aprovado, fui designado para Natividade do Carangola, hoje Natividade. O município fica na divisa do Rio com Minas Gerais, próximo à Carangola, por isso o nome. Apesar disso, pouco atuei no interior. O Corregedor da época disse que me colocaria em uma comarca que tivesse serviço, então, trabalhei mais na Baixada Fluminense: São João de Meriti e Nilópolis; e em Niterói.

Lembro-me que, após ser apresentado em Niterói, o escrivão me levou a um armário e o abriu, havia processos de alto a baixo. Ele disse: “sirva-se, sirva-se!”

M. Klang: Comigo aconteceu também. Era uma parede de baixo a cima, em Nova Iguaçu. Cinco mil inquéritos com vista aberta no Ministério Público.

Carreira e o pagamento de salários

M. Klang: Como era a carreira no antigo Estado do Rio? E uma curiosidade que o senhor me contou na nossa pré-entrevista, como eram pagos os salários?

N. Esteves: É interessante. Ainda peguei o tempo em que os salários eram pagos na coletoria, pelo coletor. Ele chegava com uma mala e dentro havia envelopes com os salários – dinheiro em espécie. Era o

homem da mala! Já naquele tempo tinha o homem da mala. O coletor chamava as pessoas pelo nome e dava o envelope com o dinheiro.

M. Klang: Só que essa mala era legal.

N. Esteves: É, era uma mala lícita, não era ilícita.

M. Klang: E como era a carreira no MP, quer dizer, como é que ela era composta, estruturada? Quando a pessoa fazia concurso, entrava em que cargo?

N. Esteves: Havia três cadeiras: terceira entrância, segunda entrância e primeira entrância. E também o Curador. Não existia o cargo de Procurador. Os Procuradores, para atuar nos tribunais, eram designados pelo Procurador-Geral. O cargo de Procurador veio com o tempo.

Eu acompanhei a evolução tanto material quanto institucional do Ministério Público. Não tínhamos, por exemplo, gabinetes. A gente oficiava em prédios e salas cedidas pela Prefeitura ou, às vezes, na própria sala do juiz. Não havia acumulação remunerada, não tínhamos assessores, não tínhamos assistência.

M. Klang: Acumulação *data venia* tinha. Ela só não era remunerada! Registre-se! Eu acumulei muito sem ganhar um tostão.

N. Esteves: Nem o eleitoral também não era.

M. Klang: Os juízes tinham um negócio de que eles contavam o tempo de serviço em dobro.

N. Esteves: É, os juízes tinham essas vantagens, nós só tínhamos trabalho. E tinha a questão dos vencimentos, que, em relação à magistratura, tinha uma diferença abissal. Ao longo dos anos foi reduzida, até ficar no mesmo nível.

Dr. Norton Esteves: casos marcantes

M. Klang: Agora gostaria que o senhor contasse um caso famoso em que atuou, o caso que envolvia um cirurgião plástico.



Dr. Norton Esteves na 11ª Vara Criminal em 1978

N. Esteves: Quando fui removido para o Rio, para a 11ª Vara Criminal, quem estava lá como Defensor Público era o meu querido amigo David Milech.

Nessa vara, eu tive o caso de um famoso cirurgião, o Hosmany Ramos. Era um cirurgião muito conhecido e conceituado. Fazia parte da equipe do Ivo Pitanguy, vivia na alta sociedade e se relacionava com uma *socialite*. Foi um caso estranhíssimo, uma pessoa que ganhava bem e passou a cometer delitos.

Na vara em que eu era Promotor, ele respondeu dois processos: assalto a uma casa em Ipanema, à mão armada, e outra em Laranjeiras, sendo condenado. Teve ainda processo em São Paulo. Inclusive, parece que cometeu um homicídio. Matou o piloto de seu avião como queima de arquivo.

Recentemente, passados 35 anos, foi solto. Na internet, é possível encontrar vídeos dele contando sobre a vida e avisando que vai voltar a clinicar e que já tem clientes. Ele está completamente

diferente, tinha uma cabeleira vasta e ele hoje não tem mais cabelo. O caso Hosmany foi um desses que saiu nos jornais.

Teve também outro caso. Embora eu fosse mais do civil, quando estava substituindo na Vara Criminal de São João de Meriti, teve um caso envolvendo o Mané Garrincha, jogador de futebol que era um ídolo nacional.

Garrincha vinha dirigindo seu carro de São Paulo para o Rio, o acompanhavam a esposa, Elza Soares, e sua sogra. Na Dutra, quase no limite da Guanabara, ele estava em alta velocidade e não viu um caminhão que saía do posto de gasolina. Por não conseguir desviar, o carro capotou, e a mãe da Elza Soares foi jogada para fora do carro, vindo a falecer. Esse caso foi muito noticiado nos jornais.

No dia do julgamento, o Defensor do Garrincha foi o renomado professor, Oscar Stevenson, que era dirigente do Botafogo. Havia televisão, jornalistas e tal. Achei engraçado porque ele não falou nada com relação ao processo, as causas do acidente, apenas disse que o jogador era um famoso ídolo nacional e que devíamos respeitá-lo. Eu penso que fama não é isenção de culpabilidade. Garrincha foi condenado, mas, no tribunal, não sei por que cargas d'água ele foi absolvido. Foi um caso de repercussão. Tinha muita imprensa.

Bloco 04 – Quem é David Milech?

M. Klang: Quem é David Milech?

D. Milech: Eu nasci em 1937, mas eu quero fazer o meu protesto. Há uma vinculação com o Noel Rosa no cartaz de divulgação desse evento, o que dá a impressão de que eu fui contemporâneo do Noel Rosa desde 1910. Gostaria de dizer que convivi com Noel Rosa de março de 1937, quando nasci, até 04 de maio de 1937, quando ele morreu.

Nasci no subúrbio do Rio de Janeiro, no Méier. Meus pais eram imigrantes poloneses de uma aldeiazinha próxima a Lublin. Lá existiam inúmeras famílias, basicamente, a do meu pai, da minha mãe e do agente dos correios! No primário, estudei num colégio privado, depois, o ginasial e, o então científico, estudei no colégio chamado Dois de Dezembro. O colégio tinha esse nome porque os diretores e vários dos professores eram também professores do Colégio Pedro II. Dois de dezembro é a data de nascimento do Dom Pedro II.

No colégio, havia professores de excelente qualidade, um deles era o Evanildo Bechara, que estava começando a carreira. Era um colégio excelente, tanto que não tive necessidade de cursinho nem coisa nenhuma.



Dr. David Milech

Sempre pensei em fazer Direito, nunca me passou pela cabeça fazer outra coisa. Eventualmente havia fumaças de jornalismo, mas eram meras fumaças mesmo. Fiz vestibular para a Faculdade Nacional de Direito, que pertencia à Universidade do Brasil, atual UFRJ, e para a então Faculdade do Catete, que pertencia à Universidade do Estado da Guanabara, UEG, atual UERJ.

Ambas eram excelentes, mas optei pela Nacional, talvez por uma questão mais prática. Como eu morava no subúrbio e trabalhava, o horário era mais conveniente pra mim. Cursei a graduação de 1955 a 1959.

Alguns professores que o Norton teve, provavelmente, já não mais estavam. Lembro-me que, no primeiro ano, estudei com Hermes Lima, Pedro Calmon; no segundo ano, com Afonso Arinos, Demóstenes Madureira de Pinho, Arnaldo Medeiros da Fonseca. Tive também como professor Clóvis Paulo da Rocha, Linneu de

Albuquerque Mello, Aroldo Valadão, Hélio Tornaghi. Eram grandes nomes e, prioritariamente, *professores*.

A Faculdade Nacional de Direito, além de tudo, formava lideranças políticas. A história da faculdade está recheada de pessoas que se destacaram no mundo político. Da minha turma, por exemplo, um deles foi o Ramez Tebet, que foi governador de Mato Grosso do Sul e senador.

Quando chegou o, digamos, “Movimento de 1964”.

M. Klang: Vamos chamá-lo assim, há controvérsias.

D. Milech: No “Movimento de 1964”, fizeram uma razia tanto no corpo docente quanto no corpo discente. Vários professores foram cassados e a faculdade demorou bastante a se reerguer. Apesar disso, fico feliz em saber que ela está retomando o seu rumo.

Por que o Ministério Público?

M. Klang: David, por que é que você pensou no concurso para o Ministério Público? Além disso, como é que foi esse concurso? Demorou?

D. Milech: A história é a seguinte. Era uma promessa do primeiro governador da Guanabara, o Carlos Lacerda, que os cargos públicos seriam providos por concurso. No caso específico do MP, concurso de provas e títulos.

M. Klang: Havia tido um concurso em 1950 para o MP do Distrito Federal!

D. Milech: Sim, 1950 no Distrito Federal. Nesse período de 1951 até 1962/63, “*todos por la ventana*”. Devo ser honesto, houve um número significativo, aliás, majoritário de colegas excepcionais. Como o Benjor disse: “Não tiveram a felicidade de mostrar o seu enorme talento no concurso”. Foram privados dessa felicidade.

Na época, estava sendo votada a Constituição do Estado da Guanabara e havia uma disposição transitória dizendo o seguinte: “Os defensores públicos interinos que estiverem em exercício na data da promulgação dessa Constituição serão efetivados após prestarem concurso de títulos.”

Havia um constituinte que era amigo do meu pai, então fui falar com ele e disse: “*Deputado, qu’est-ce que c’est?*” Ele era do baixo clero. Respondeu-me: “Olha, eu não sei, eu estou meio por fora, vou falar com a minha líder.”

A líder dele era Adalgisa Neri. Dois ou três dias depois, ele me disse o seguinte: “Doutor, esquece. É mais fácil transformar a Guanabara numa monarquia do que mexer nesse artigo.” Então dei aquela esfriada.

Em 1962, havia um novo grupo de interinos. Eles tentaram se efetivar em um daqueles... hoje se chama de Jabuti¹, na época chamava-se de Panamá, pleiteando a efetivação. Como o concurso já estava aberto, o Lacerda demitiu todos os Defensores que estavam em exercício na data. A burocracia do concurso se acelerou, e ele começou em 1963 e terminou em 1964. Eu passei em 17º. Como houve 24 aprovados, acabei tomando posse um pouco mais tarde, em 1965.

M. Klang: Deixe-me ver se eu entendi: no curso desse concurso, adveio o chamado “Movimento de 1964”, a “Democrática Redentora”?

D. Milech: Sim, a “Democrática Redentora”. Como esse grupo acabou prevalecendo no poder, caso houvesse o contrário, eu não sei o que aconteceria, porque o governador era o Carlos Lacerda. Eu não sei de que maneira isso poderia ser respeitado, mas acabou ocorrendo normalmente.

Dos 24 aprovados no concurso, um deles não quis tomar posse porque trabalhava em um escritório de grande movimentação, ligado à área de marcas e patentes. Nesse intervalo, concomitantemente, muitos fizeram concurso para juiz. Depois dois se exoneraram, o Mario Slerca, pai do Eduardo, e a Ana Laura Bittencourt. Nós, que passamos, fomos ficando, hoje em dia, somos quatro. Inclusive, vamos nos reunir agora no dia 10 em um almoço, antes que viremos três, depois dois.

M. Klang: Quem são esses quatro?

D. Milech: Sergio D’Andrea, Luiz Sérgio, eu e o Silvio Tito de Carvalho Coelho. O Pierri está vivo, mas o Pierri depois foi para o 5º Constitucional. O Mário Slerca também está vivo, mas os remanescentes, que ficaram no MP, somos só nós quatro.

¹ Emenda parlamentar que modifica um projeto de lei em discussão de forma a alterar ou distorcer seu objetivo original. Fonte: <https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/jabuti/4511/>

Carreira no MP do Estado da Guanabara?

M. Klang: Como era a carreira do Ministério Público no Estado da Guanabara?

D. Milech: A carreira começava como Defensor Público. Eu não vou entrar em cogitações de ordem legal, mas acho que é uma experiência extraordinária. Foi uma experiência extraordinária para efeito de “amaciar o motor”, vendo qual era a outra face, para quando você chegasse à Promotoria.

Mesmo porque, de um modo geral, as pessoas que passam no concurso normalmente são as pessoas, nesse nosso sistema social absolutamente perverso, que tiveram melhores oportunidades, estudaram nos melhores colégios, tiveram vitaminas, proteínas e sais minerais desde a infância e por aí vai. Não são favorecidos por outras circunstâncias, mas por essas circunstâncias. Então, muitos destes chegam a uma Promotoria (já que agora começam direto na Promotoria) sem uma vivência adequada do que sejam as misérias humanas. Coisa que a Defensoria Pública dá.

M. Klang: Você ficou na Defensoria Pública?

D. Milech: Na Defensoria Pública de Família, eu fiquei uns quatro, cinco anos... Porque tem o seguinte, de vez em quando, você era comissionado Promotor. Quando um Promotor entrava de férias, você ia para lá, ficava um mês, voltava. Eu fiquei no crime uns cinco, seis meses. Depois, esporadicamente.

M. Klang: Naquela ocasião, basicamente, os processos de família eram que tipos de processos?

D. Milech: 80% a 90% pensionamentos.

M. Klang: Tinha o desquite litigioso, não é isso?!

D. Milech: Sim. Desquite litigioso e investigação de paternidade. Mas, basicamente, 70 a 80% eram ações de alimentos; os desquites eram mais ou menos entre uns 15 a 20%; e investigação de paternidade, que eram os casos mais complicados, tinha um pouquinho menos.

M. Klang: O interessante, David, me corrija se eu estiver errado, naquele momento, o despeite era por “culpa”, despeite litigioso.

D. Milech: Sim. E era uma situação extremamente constrangedora porque, por exemplo, a legislação à época, dizia que, se a mulher fosse considerada culpada no despeite, ela, além de perder o pensionamento, perdia a guarda dos filhos. Era uma coisa extremamente grave.

Eu passei por uma situação específica que foi terrível. Era um despeite por culpa da mulher, por adultério. Eu era advogado dela, Defensor. A Curadora era a grande, maravilhosa, Regina Parisot, de uma sensibilidade enorme para essa área. O autor do pedido de despeite era um oficial do Exército.

A Regina começou a orientar as perguntas para a questão da guarda das crianças. Estava caracterizada a culpa e o oficial se recusava terminantemente a permitir a transformação do despeite litigioso em amigável. A Regina orientou as perguntas para saber com quem as crianças ficariam, caso a guarda passasse para ele. O oficial disse que não tinha irmãs, que não tinha pais e que trabalhava o dia todo no quartel.

A Regina já sabia o que ele diria, então disse: “Eu opino pela procedência e pela perda da guarda. Entendo que os filhos devam ser internados.” Quando ela falou isso, o nosso bravo oficial se ajoelhou e disse: “Não faça isso. Doutora, pelo amor de Deus, não faça isso, não diga isso! Seja o que for, ela pode ser qualquer coisa, mas é a mãe dos meus filhos”.

Foi um episódio em que rolaram lágrimas de esguicho. Na mesma hora, foi transformado o despeite litigioso em amigável.

Casos interessantes

M. Klang: E a investigação de paternidade em um momento em que não existia DNA?

D. Milech: Olha, você está me provocando! Houve um episódio muito engraçado. O investigado era um suboficial da aeronáutica. Um rapaz negro. Ele dizia: “Me chamam na aeronáutica de Sidney Poitier.” Nesse caso, havia prova documental, fotos, algumas cartinhas, além disso, havia uma abundante prova testemunhal.

O juiz do caso chamava-se Hélio Trindade. Ele tinha um escasso apreço pela função de Juiz de Família, não era talhado para isso,

odiava. Hélio Trindade ouviu o oficial e mais umas testemunhas. Quando o menino entrou, percebemos que era a cara do Sidney Poitier. Não havia a menor dúvida. Não me lembro quem era a curadora na época, não sei se era a Mariza Perigoult. A Curadora, então, disse ao oficial: “Senhor fulano, vamos fazer o seguinte. Nós chamamos o escrevente lá de baixo e lavramos uma escritura de reconhecimento, porque é evidente que esse menino é seu filho.” Ele respondeu: “Só farei o que a Justiça mandar”.

O Hélio Trindade, depois de ouvir umas quatro testemunhas, já cuspidando marimbondo, não teve dúvida, resolveu sentenciar na hora.

O processo não era “ação de alimentos”, era apenas para investigação de paternidade. O juiz, que julgou procedente a paternidade, disse: “Embora não tenha sido expressamente postulado, a obrigação alimentar decorre da relação de parentesco, agora reconhecida.” Assim, fixou a contribuição alimentícia em 60% dos ganhos do oficial e caçou sua gratuidade de justiça. Depois disso, sei que o Sidney Poitier saiu de lá bem abalado.

Tenho também outro episódio, mais marcante ainda. Houve uma vez uma fuga de presos em massa. Era uma sexta-feira, chovia horrores no Rio de Janeiro, mesmo assim eles fugiram da penitenciária Milton Dias Moreira, cujo diretor era o Teles Memória. Houve tiroteios na rua, vários criminosos bem perigosos escaparam.

O à época governador Antônio de Pádua Chagas Freitas disse que queria um promotor criminal. Então, o meu queridíssimo Dr. Hermano Odilon dos Anjos, da equipe criminal, da qual eu surpreendentemente fazia parte, me indicou.

Os primeiros depoimentos foram colhidos na própria delegacia, na 6ª DP, na Rua Senhor de Matosinhos. O delegado era o Salomé Zeferino de Paula Filho, pai da Laisa de Paula Rosa. Depois de uns dois dias, por uma questão de segurança, nós resolvemos prosseguir a inquirição de dentro da cadeia.

Um dos bandidos presos chamava-se Rivaldo de Moraes Carneiro, vulgo Marta Rocha. Sobre seu nome, contou que namorava, na Paraíba, uma moça que era muito parecida com a Miss Brasil, Marta Rocha, por isso, começaram a chamá-lo de “Rivaldo da Marta Rocha”. Depois ficou “Rivaldo Marta Rocha”. Lá na Ilha Grande, alguns não tiveram uma ideia exata do que se tratava o nome, e ele teve que matar dois. Esse era o Rivaldo Marta Rocha, de família ilustre, inteligentíssimo, parente do senador Rui Carneiro, da Paraíba.

Rivaldo estava enquadrado na Lei de Segurança Nacional, era considerado um dos subversivos. Nessas loucuras que a “Revolução

de 1964” fez, todos os assaltos a banco passaram a ser enquadrados na Lei de Segurança Nacional.

Enquanto eu estava dentro da cadeia, no processo de interrogatório, perguntava: “Senhor Rivaldo, o senhor quer um café?”. Uns quinze, vinte dias depois desses interrogatórios, chegando ao Foro para a minha titularidade, vi um grupo enorme de policiais armados. Chegando mais perto, eis que vejo o grande Rivaldo Marta Rocha. Ao me ver, ele disse: “Dr. David! Que prazer vê-lo aqui dentro! Finalmente eu consigo ver aqui um rosto honesto”.

Rivalidades e fusão do Estado do Rio

M. Klang: Havia alguma rivalidade entre o Ministério Público do antigo Estado do Rio e o Ministério Público do antigo Estado da Guanabara?

N. Esteves: Quando houve a fusão, o pessoal da Guanabara chamava o pessoal do antigo Estado do Rio de “vietcongues”.

M. Klang: Isso tinha uma explicação. Estava havendo a Guerra do Vietnã, existia o Vietnã do Norte e o Vietnã do Sul. O pessoal do Vietnã do Norte era chamado de “vietcongues”.

N. Esteves: Eu soube de casos em que, quando o Promotor que era do antigo Estado do Rio e estava atuando aqui na Capital, o juiz olhava os pareceres, analisava, para ver se a pessoa era realmente gabaritada. Isso acontecia realmente, mas depois acabou com o tempo. Houve um aspecto interessante sobre a fusão: a lei criou o Ministério Público que era do Estado da Guanabara, o Ministério Público que era o do antigo Estado do Rio e o Ministério que era dos novos ingressantes no novo Estado. A lei estabeleceu ainda vencimentos diferentes. A Guanabara recebia mais. Isso levou uns oito anos para ser nivelado, ocorrendo apenas no tempo do governador Leonel Brizola. Os membros do antigo Estado do Rio até ingressaram com uma ação, que foi procedente e, depois de uns anos, eles receberam essas diferenças salariais.

M. Klang: Agora, Norton, pegando um gancho do que você disse. Além disso, havia também uma diferença de experiência profissional. Você ser Promotor em Bom Jesus de Itabapoana ou em Cambuci não é exatamente a mesma coisa do que ser Promotor na Avenida Rio

Branco, não é?! Fala-me um pouco sobre isso, porque você ocupou as duas situações: você esteve lá no interior e depois esteve aqui na Capital. São coisas totalmente diferentes.

N. Esteves: É, realmente. A vida no interior, essa atividade junto ao interior, era diferente da Capital. Agora eu posso dizer o seguinte, era uma experiência muito boa, gratificante.

M. Klang: A começar que o Promotor lá era clínico geral, fazia todas as atividades.

N. Esteves: No interior, o Promotor e o Juiz, eram muito respeitados pela população. Aqui ele era um a mais.

M. Klang: Era o Juiz, o Promotor, o Delegado, o Padre e o Prefeito.

N. Esteves: Exatamente. Lembro-me que, quando fui para uma Comarca do interior, o padre veio me visitar e conversamos por muito tempo. Esses aspectos depois desapareceram, hoje está tudo integrado no novo Estado do Rio de Janeiro.

M. Klang: Dr. David, o que o senhor tem a dizer sobre essa pergunta?

D. Milech: Olha, eu diria o seguinte. Não chegou a doer muito, não, porque, inclusive ao ensejo da fusão das carreiras, como a carreira lá no antigo Estado do Rio já começava como Promotor, aqui, por exemplo, havia os Promotores substitutos e, na fusão das carreiras, colegas que eram promotores substitutos, com muito mais tempo de atividade dentro do MP, ficaram bem mais lá para trás. Mas não chegou a haver grandes problemas, mesmo porque eu tive a honra de conhecer colegas extraordinários que tinham vindo do velho Estado do Rio de Janeiro. Colegas espetaculares como figuras humanas, em altíssima competência. Então, da minha parte, eu não tive nenhum tipo de problema.

M. Klang: Mas havia rivalidade?

D. Milech: A rivalidade é muito do ser humano. O ser humano é extremamente competitivo. Ninguém da casa, pelo menos até agora, aspira à condição de beato e muito menos de santo. Somos todos seres humanos. Mas não chegou a atrapalhar. E digo mais, eu fiquei com uma profunda inveja dessa experiência, porque o

meu querido Waldir Genuíno dizia o seguinte: “David, o lugar mais longe para onde nós poderíamos ir é a Avenida Franklin Roosevelt”, que era a Vara de Menores. Quando nós nos encontrávamos, era uma experiência fantástica. Eu era da comissão de concurso, então, enquanto a turma se esfalfava, nós ficamos conversando lá na UERJ. Eu ficava abismado com o Helael, o Atamir Quadros Mercês, o Ulysses Leocádio, o velho Gussem, contando umas histórias absolutamente deliciosas, mas que para mim eram estranhas. Eu confesso que sentia inveja nesse momento.

Atuação do Promotor Cível

M. Klang: Ambos tiveram atuação no crime, mas também tiveram no Cível. O Cível, naquela época, nos momentos em que vocês entraram, tinha uma conformação um pouco diferente do que é hoje em dia. Qual era a preponderância da atuação do Promotor no Cível? O que é que ele mais fazia? Que tipo de processo ou em que tipo de Vara ele tinha uma atuação mais importante?

N. Esteves: O promotor no Cível atuava mais nas questões de família, no orfanológico, tanto nos resíduos quanto nos testamentos, menores [de idade], acidente de trabalho. Mas a criminal sempre foi mais preponderante. A Execução Penal também.

M. Klang: Já se falava naquele momento em “Meio Ambiente”, em “Consumidor”? Alguém tocava nesse assunto ou não era cogitado?

N. Esteves: Já se começava a falar desses assuntos. Mas só mais tarde é que passou a ser atribuição no Ministério Público.

Perguntas da plateia

Dr. Ertulei Laureano Matos: O Estado do Rio de Janeiro teve uma importância enorme. O Estado do Rio de Janeiro é quem qualifica o Ministério Público brasileiro inteiro hoje. O título de Promotor de Justiça era basicamente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Aqui era Promotor Público, em São Paulo, era Promotor Público, no Rio Grande do Sul, era Promotor Público. Então, isso nós devemos à história do Rio de Janeiro, do Estado do Rio de Janeiro. Eu sou fluminense de origem, mas nada mais sou do que carioca. Fui adotado pelo Rio de Janeiro há quarenta e tantos anos. Tudo

que eu tenho na vida devo a aqui. Então, eu tenho uma pergunta para o David. David, qual foi o melhor momento para você da administração do Ministério?

D. Milech: Honestamente eu não tenho condições de dizer. Nós tivemos, em regra, chefes da instituição excelentes na esmagadora maioria. Uns com uma conduta mais firme, mais afirmativa, outros com uma conduta mais conciliadora. Mas, de um modo geral, eu tenho muita dificuldade em falar nisso. Agora, tivemos só uns dois "*data venia*", que, por uma questão de piedade judaico-cristã, prefiro não citar.

Dr. Marcio Bruno Milech: Se puder fazer um registro, acho que a carreira jurídica na nossa família, se deve muito ao meu pai. Eu sou Procurador do Estado, minha filha está estudando Direito. Acho que é uma honra poder presenciar esse momento. Por várias vezes, fiquei emocionado. Então, eu queria poder fazer esse registro e fazer uma pergunta.

Quando eu era pequeno, por acaso, às vezes eu via meu pai chegando e narrando algumas audiências criminais que ele teve, inclusive, um episódio que [indica que], já naquela época, a criminalidade era alta. Um dos episódios que ele contava era o que ele foi promotor no caso do Lúcio Flávio. Então, acho que talvez ele possa explicar melhor. Não era uma criminalidade de ladrão de galinha. Gostaria que ele tivesse a oportunidade de fazer um registro a respeito disso.

M. Klang: O Lúcio Flávio era extremamente inteligente.

D. Milech: Você disse um dos casos, houve inúmeros casos. Só na 12ª Vara Criminal, o Lúcio Flávio tinha uns quatro ou cinco processos em andamento, basicamente por assalto e alguns latrocínios. Ele fazia parte de um grupo composto pelo seu cunhado Fernando C. O., Fernando Gomes de Carvalho; havia o Francisco Rosa da Silva, vulgo "Horroroso"; e o Liéce de Paula Pinto.

Gostaria de fazer um registro. O Lúcio Flávio era muito valente, só que apenas com uma arma na mão. Houve um episódio em que ele desafiou, em plena audiência, um juiz chamado Eduardo Meyer Filho. O Eduardo era uma excelente figura humana, mas não era talhado para ser juiz criminal, porque adorava uma absolvição. Houve uma circunstância na qual o Lúcio Flávio reclamou que estava algemado, logo o Eduardo Meyer disse: "Olha, isso aí é assunto que diz respeito à segurança, eu não vou interferir." Ele então desafiou

o Meyer, que era imenso, tinha, aproximadamente, 1,90 de altura por outro tanto de largura. O Meyer disse: “Vamos fazer o seguinte, tira as algemas, vamos lá para a minha sala. Vamos ser não o juiz e o réu, vamos ser dois homens.” Adivinhe o que ele fez?! “*Sacou el equipo del campo*”, não foi? Esse era o Lúcio Flávio.

Perguntas da plateia: Dalva Bezerra da Costa

Sra. Dalva Bezerra da Costa: Bom dia, meu nome é Dalva. Estou iniciando na carreira jurídica e sou estagiária no Ministério Público. Como estou pretendendo ir para a área criminal – hoje estou na investigação Penal, na 8ª PIP - Primeira Central de Inquéritos –, estou aqui representando os estagiários. Gostaria de saber, tanto do Dr. Norton quanto do Dr. David, qual a maior dificuldade que vocês encontraram no início da carreira. Um na área criminal e o outro no Direito de Família.

N. Esteves: É relativo, porque todas as duas áreas têm as suas dificuldades, têm os seus comprometimentos. Mas, talvez, a criminal seja um pouquinho mais do que a área de família. Essa é minha opinião.

D. Milech: Nesse sentido sim, mas... Honestamente, eu fui rotulado como civilista, coisa que me deixou bem na defensiva. Agradeço muito, mas eu acho que civilistas são: Clóvis Paulo da Rocha, Simão Benjor, Miranda Rosa, Heloísa Barboza.

M. Klang: Ele é humilde.

D. Milech: Não é isso. Entendo-me como alguém que ficou mais na área não Penal do que propriamente na área Penal. Eu sou muito suspeito para falar porque sempre preferi a área não Penal. Fiz o meu melhor durante o período em que fui Promotor Criminal. Realmente me empenhei, mas confesso que minha realização maior, dentro do MP, foi na área Cível.

M. Klang: Deixa-me pegar uma carona na pergunta da Dalva. Na época em que vocês ingressaram no MP, as condições materiais eram excelentes? Vocês tinham gabinetes, assessores, telefone, carro oficial?

N. Esteves: Nada disso. Zero. Às vezes, nem máquina. Nem papel!

M. Klang: Trabalhava-se num canto de mesa quando te deixavam.

D. Milech: Quando o juiz era boa gente emprestava o gabinete. Dividi sala com Cristina Tellechea. Eu Promotor e Cristina Defensora, sem máquina de escrever.

M. Klang: E sempre tinha papel para a denúncia?

N. Esteves: Nem sempre.

D. Milech: Como eu frequentemente aproveitava e fazia algumas denúncias manuscritas.

M. Klang: As condições materiais eram excelentes?

D. Milech: Maravilhosas. Inclusive as próprias instalações da Procuradoria, no 4º andar da Rua Manoel, nº 29, com quatro salas.

M. Klang: Onde a biblioteca ficava no banheiro.

D. Milech: E o arquivo ficava... Bom, melhor eu nem falar. Hoje eu vejo isso aqui. Mas isso não foi conseguido por benesses de quem quer que seja. Foi produto do trabalho de cada um e de todos. Eu acho que o MP se impôs ao respeito da população e em função desse respeito é que ele teve condições de reivindicar, de postular e de ver as suas postulações acolhidas.

Perguntas da plateia: Dra. Cristina Tellechea

Dra. Cristina Tellechea: Queria parabenizar o Márcio Klang, o Dr. Norton, o querido amigo David. Como o David antecipou, fui Defensora na 12ª Vara Criminal, onde ele era Promotor. O David foi um grande professor.

Quando fui designada para auxiliar o Dr. Mário Portugal, na 14ª Vara Criminal, fui me socorrer nos ensinamentos do David. Eu tinha recebido um inquérito que achei que eu só veria na academia, era um inquérito de rixa. Então, fui perguntar ao David: "David, eu não sei. Aparentemente é algo simples, mas, tão simples que é, não sei o que fazer". Gostaria de saber se o Dr. David se lembra de como ele me orientou a proceder diante do inquérito de rixa.

D. Milech: Lembro. É melhor você falar porque não vão acreditar. Eu cheguei e disse assim: “Cristina, não precisa abrir o inquérito, escreva o seguinte: cuida-se de um entrevero generalizado em que não foi possível estabelecer quem efetivamente participou e quem buscou separar os contendores. As lesões são de pequena monta. Requeira o arquivamento.” Aí ela disse: “Mas... como assim?” Eu disse: “Abre o inquérito.” Ela abriu, olhou e disse: “É.” Então eu disse: “Para que abrir o inquérito?”

Dra. Cristina Tellechea: E ele concluiu: “Cristina, rixa nós costumamos arquivar pela capa.”

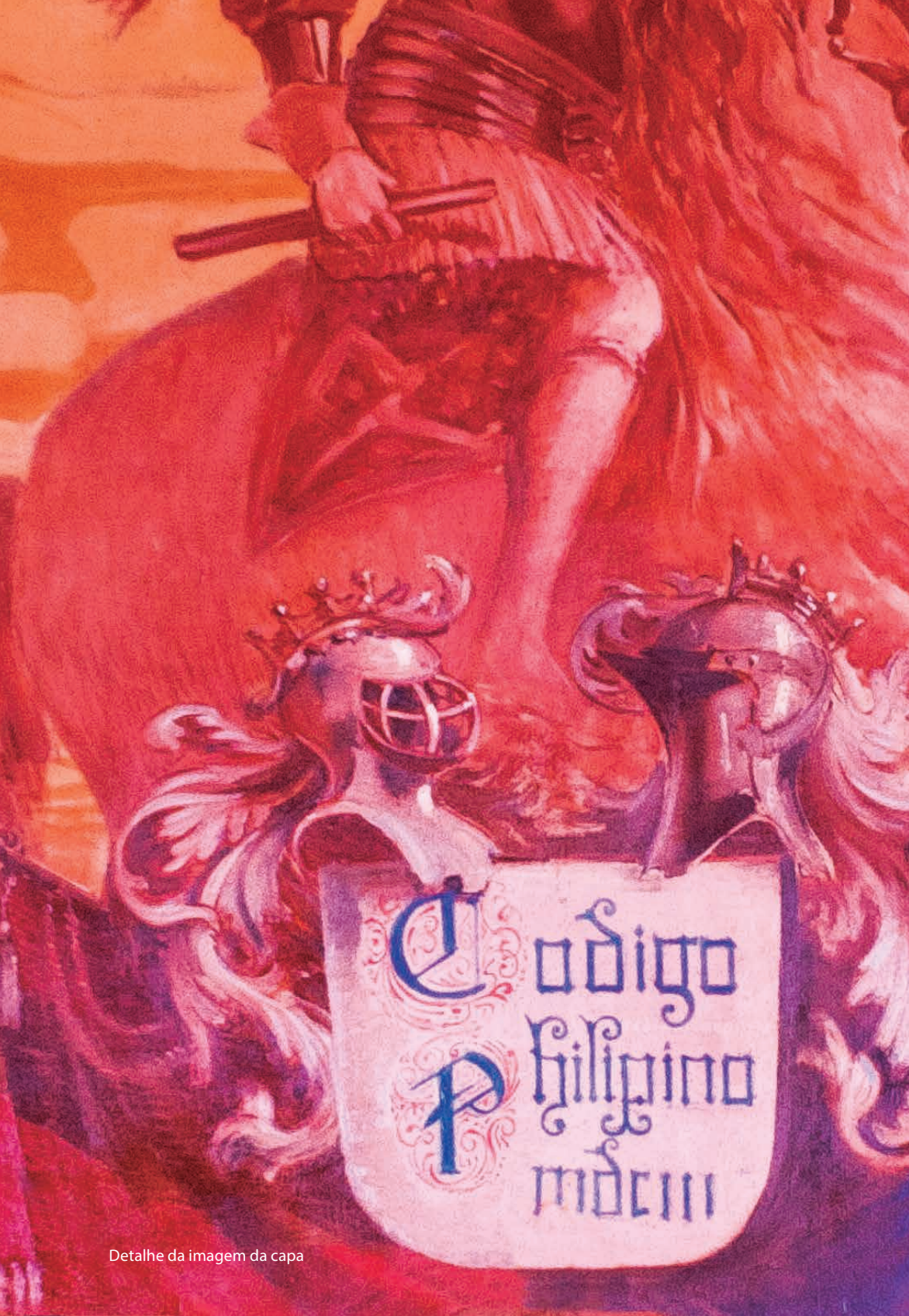
D. Milech: Sabe o que eu peguei aqui no Rio de Janeiro? Peguei perturbação de culto e crime de abigeato, em pleno Rio de Janeiro. Abigeato: roubo de gado.

M. Klang: Roubo de gado?

D. Milech: Sim. No Rio de Janeiro. E posso citar, era um colega nosso que era o lesado, Victor André Soveral Junqueira Aires. O Victor tinha uma casa na estrada do Sorimã, ali no Joá, limites da Barra. E tinha uns animais, tinha gado. Eu acho que tinha uns caprinos e uns ovinos. Esse sítio foi objeto de furto, praticado pelo famoso José Cabriteiro. Quer dizer, o que é que passa na cabeça?! Perturbação de culto e abigeato. Só acontece no Rio de Janeiro.



Dr. David Milech, Dr. Norton Esteves e Dr. Márcio Klang



Detalhe da imagem da capa



Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

08/05/2019

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S): FREDERICO ADÃO FILHO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
INTDO.(A/S): DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. AUTOAPLICAÇÃO. CONSEQUÊNCIA IMEDIATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. NATUREZA DA PENA IMPOSTA QUE NÃO INTERFERE NA APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO. OPÇÃO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado.
2. A autoaplicação independe da natureza da pena imposta.
3. A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos.
4. No caso concreto, recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, apreciando o tema 370 da repercussão geral, por maioria, em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Rosa Weber. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participou da fixação da tese o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 8 de maio de 2019.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Redator para o acórdão

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S): FREDERICO ADÃO FILHO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Mário Henrique Ditticio:

O Ministério Público de Minas Gerais insurge-se contra acórdão formalizado no julgamento da apelação criminal nº 10027.03.015048-9/001, mediante o qual o Tribunal de Justiça local manteve o exercício dos direitos políticos de acusado cuja condenação a pena privativa de liberdade foi convertida em restritivas de direitos, ante fundamentos assim resumidos (folha 196):

APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – AGENTE QUE ADQUIRIU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO FALSA – ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA – DOLO DO TIPO – DELITO CARACTERIZADO – SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – INCOMPATIBILIDADE AFASTADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE [...] Tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao inculpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direitos, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente o inviabilizem.

No recurso extraordinário de folha 220 a 231, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente argui transgressão ao artigo 15, inciso III, da Carta Federal. Sob o ângulo da repercussão geral, assevera que, “em se tratando da importância que têm os direitos políticos num sistema democrático, sua suspensão aos cidadãos que infringem a legislação penal é imperiosa para evitar que estes interfiram na estrutura estatal através do voto, enquanto durarem os efeitos da condenação”.

No mérito, afirma ser o preceito apontado como ofendido norma autoaplicável, dispensando lei regulamentadora. Aduz que a suspensão dos direitos políticos é espécie de pena restritiva de direitos, estando prevista no artigo 5º, inciso XLVI, do Diploma Maior. Salieta mostrar-se inviável restringir essa penalidade aos casos em que aplicada sanção privativa de liberdade, afirmando que o artigo 15, inciso III, não faz distinção. Evoca precedentes do Supremo.

O recorrido, em contrarrazões, sustenta a compatibilidade entre as penas restritivas de direitos e o pleno exercício dos direitos políticos, cuja relevância, consoante argumenta, somente admite a suspensão em situações a inviabilizarem materialmente o exercício, como a prisão. Cita precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (folha 236 a 248).

O Ministério Público Federal, no parecer de folha 257 a 262, opina pelo provimento do recurso.

Em 4 de março de 2011, o Supremo entendeu configurada a repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

É o relatório.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, já adianto que não me filio à corrente da punição a ferro e fogo. Paga-se um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, é módico, está ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Dizia Rui que: “fora da lei, não há salvação”.

Em época de crise, deve-se guardar garantias e franquias legais e constitucionais. E deve-se ser, até mesmo, um tanto quanto ortodoxo. Não dá para tocar de cambulhada.

Quando se vota nesta bancada, no sentido da preservação do arcabouço normativo, não se passa a mão na cabeça de quem delinuiu; busca-se tornar prevalecente, a mais não poder, a Lei das leis, a Constituição Federal, que precisa ser um pouco mais amada. Não cabe, na bancada do Judiciário, justificação.

08/05/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

DIREITOS POLÍTICOS – SUSPENSÃO – CONDENAÇÃO CRIMINAL – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. O disposto no inciso III do artigo 15 da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos.

Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. O Ministério Público foi cientificado do acórdão atacado em 13 de fevereiro de 2009. A peça, subscrita por Procurador-Geral de Justiça, veio a ser protocolada no dia 2 de março de 2009, no prazo assinado em lei. Conheço.

Eis o teor do preceito da Constituição Federal interpretado na origem e em relação ao qual o Supremo, considerado o alcance, tem a última palavra:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa nos termos do art. 37, §4º.

Cumpra definir: a suspensão dos direitos políticos ocorre considerada toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, enquanto durem seus efeitos?

O recorrido foi condenado presente o tipo do artigo 304 do Código Penal, uma vez surpreendido portando carteira nacional de habilitação para conduzir veículo automotor falsa. O dispositivo está assim redigido:

Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302.

O Juízo implementou a substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos, levando em conta o artigo 44 do Código Penal. Teve como atendidos os requisitos dos incisos I, II e III dele constante, sobressaindo o inciso III, a remeter à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do condenado, bem como aos motivos e às circunstâncias.

A norma constitucional está assentada em binômio. Em primeiro lugar, a condenação criminal e, em segundo, no que há referência aos respectivos efeitos, a impossibilidade de o cidadão continuar no meio social, vindo a permanecer sob a custódia do Estado. Se assim o é, não se pode conferir ao inciso III do artigo 15 da Constituição Federal alcance peremptório, alcance irrestrito, caminhando-se para a conclusão sobre a suspensão dos direitos políticos em situação jurídica em que o título condenatório não verse o cerceio à liberdade de ir e vir. A concluir-se de forma diversa, ter-se-á no cenário incongruência: o condenado é beneficiado com a substituição da pena privativa da liberdade pela restritiva de direitos e perde predicado inerente à cidadania – o viabilizador do exercício dos direitos políticos. Esse alcance o preceito constitucional não encerra.

Transcrevo trecho do voto que proferi no julgamento do recurso especial nº 11.562 no Tribunal Superior Eleitoral, acórdão publicado em 8 de novembro de 1994:

[...]

Levo em conta, em primeiro lugar, que em jogo está um direito inerente à cidadania e que, portanto, devo emprestar aos preceitos legais e constitucionais pertinentes alcance não elástico mas sim estrito, observando, rigorosamente, os limites estabelecidos nesses preceitos.

Não consigo assentar que a simples condenação de alguém transitada em julgado seja suficiente, por si só, independentemente do sentido que se dê à parte final do inciso III do art. 15, a conduzir à suspensão abrangente dos direitos políticos, como se esta fosse uma pena acessória. Creio que não podemos conferir ao preceito esse alcance; não podemos dissociar a primeira parte do preceito da final, no que sinaliza quanto à possibilidade de vir à balha obstáculo intransponível, ou seja, um fato que provoque, por si mesmo, como consequência, a suspensão dos direitos políticos, quando aquele

alcançado pela condenação fica impossibilitado de exercer os direitos em virtude de recolhimento, decorrente de custódia.

Imagine V. Exa., tivemos, é certo, envolvimento de um tipo previsto no Código Eleitoral, mas admitamos a condenação por lesões corporais culposas, um acidente de trânsito. Caminhar-se-á, da mesma forma, para conclusão sobre suspensão dos direitos políticos? Será esse o sentido de nossa Carta? Será que nossa Carta, numa interpretação socialmente aceitável, conduz a esse desiderato? A meu ver, não. A condenação criminal transitada em julgado, de que cogita o inciso III do art. 15, é aquela que inviabiliza, pelo recolhimento do condenado, o exercício dos direitos políticos.

[...]

Nos mesmos termos, votei nos recursos de nº 11.589 e nº 11.706, apreciados pelo mesmo Tribunal.

Nessa esteira é o ensinamento de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior (A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15, jul./set. 1996):

[...]

Teria, porém, o legislador constitucional pretendido impor a todos os condenados, indistintamente, com aquele conteúdo ético, de reprovação, a limitação da cidadania?

Teria a Constituição da República querido englobar na expressão de seu art. 15, inc. III, todos os efeitos da condenação, sejam os primários, sejam os secundários, para prever a suspensão dos direitos políticos enquanto não declarada extinta a pena ou, ainda mais gravemente, enquanto não reabilitado o agente?

Não parece seja assim. Sendo o direito de votar e ser votado uma das mais caras expressões da cidadania, não se pode entender que o cidadão o tenha suspenso, sempre que condenado criminalmente – ainda que beneficiado com a suspensão condicional da pena ou punido com multa –, experimentando, por força do artigo 15, III, da Constituição da República, outra pena. Isto significaria impor a todos, igualmente, uma sanção, que pode, dependendo do caso, ter efeitos mais severos que a cominada na legislação penal, que é a própria do delito.

Indisfarçável a impressão de iniquidade, por exemplo, na aplicação da suspensão dos direitos políticos a um condenado por uma lesão corporal leve decorrente de uma briga singela ou de uma colisão de veículos.

[...]

A já referida sensação de injustiça em aplicar a suspensão dos direitos políticos tanto a um grave violador da lei penal condenado a cumprir efetivamente a pena em regime fechado quanto a alguém que cometa, por exemplo, uma lesão corporal e receba pena branda, com sursis, tem uma razão de ordem constitucional. É que tal posicionamento implica, sob a ótica do direito punitivo do Estado, considerar a suspensão de direitos políticos *uma outra pena*, por mais que se queira dar-lhe a feição de mera decorrência da condenação.

E a interpretação mais severa e abrangente do preceito em exame [...] produz, nesta linha, um grave descompasso pela quebra do princípio da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal), que orienta não apenas o legislador, mas, também, o aplicador da lei penal.

Abre-se, outrossim, caminho para o rompimento com o princípio da proporcionalidade, pelo qual a parte especial do Código Penal e as leis extravagantes que definem tipos penais devem ser encaradas como um sistema de tipos e penas que se relacionam uns com os outros.

[...]

Nessa linha, não poderia o próprio legislador constitucional, após proclamar solenemente os princípios da igualdade e da individualização da pena, romper com as proclamações poucos artigos à frente.

Assim sendo, e afastada por completo a ideia de sanção que possa à primeira vista emergir do comando constitucional, nada mais adequado que restringir a suspensão dos direitos políticos a casos em que, *por efeito da condenação* ou, em outras palavras, *por causa dela*, veja-se o sentenciado materialmente impossibilitado do exercício pleno de seus direitos de cidadania, de votar e ser votado. E isto se dá, exclusivamente, quando esteja preso, cumprindo efetivamente pena privativa de liberdade, situação que torna inviável, na prática, o exercício dos direitos políticos.

[...]

Concluir de forma diversa implicará verdadeiro aditamento à substituição da pena restritiva de liberdade pelas limitadoras de direitos implementada pelo Juízo criminal. Além da imposta, haverá uma de gravidade ímpar – a de suspensão dos direitos políticos. Mais ainda, tem-se o sistema referente ao cumprimento da

sanção. Ao lado do regime fechado, existe o semiaberto e o aberto. Como conciliar o regime menos gravoso com a automaticidade da suspensão dos direitos políticos? O réu é reintroduzido ao convívio social, mas o é como cidadão de segunda classe, verdadeiro pária, sem os direitos políticos. Noticiário atual versou situação de Deputado Federal que, cumprindo pena na Papuda, lograva deixá-la durante o dia para exercer o mandato. Aliás, já assentou o Supremo que a extinção do mandato ante condenação criminal é decidida pela Casa Legislativa – artigo 55, §2º, da Constituição Federal.

Assento que, vindo a pena inicial a ser convertida em restritiva de direitos, tem-se quadro decisório que não atrai a suspensão versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Desprovejo o recurso extraordinário. Como tese, proponho: “A suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos.”

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de acórdão que acolheu parcialmente o apelo defensivo, mantendo a condenação do réu Frederico Adão Filho à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, como incurso na prática do delito previsto no art. 304, do Código Penal, e revogando, por outro lado, a suspensão dos seus direitos políticos.

A decisão guerreada, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, foi assim ementada:

APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. AGENTE QUE ADQUIRIU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO FALSA. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA. DOLO DO TIPO. DELITO CARACTERIZADO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INCOMPATIBILIDADE AFASTADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O dolo, no delito do art. 304, do CP, é genérico e consiste na vontade deliberada de usar o documento com a consciência de sua falsidade. No uso de documento falso, o que exclui o dolo é

a total ignorância da falsidade, não sendo este o caso dos autos, em que o réu viajou de um estado a outro para adquirir a carteira, sequer adentrando o DETRAN local e nem feito quaisquer exames.

Tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao increpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direitos, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente os inviabilizem.

Em suas razões recursais, o *Parquet* estadual suscita a contrariedade da medida de revogação da suspensão dos direitos políticos do sentenciado ao enunciado normativo do art. 15, III, da Constituição da República, destacando tratar-se o dispositivo de norma constitucional autoaplicável.

Aduz, adiante, que a natureza jurídica do instituto em análise é precisamente a de pena restritiva de direitos, nos termos da alínea e, do inciso XLVI, do art. 5º, da Carta Política, de modo que não haveria qualquer incompatibilidade entre a suspensão dos direitos políticos e a substituição da pena privativa de liberdade, na forma como ocorrido, como consequência da condenação penal. Pontua, nesse íterim, que *“a suspensão dos direitos políticos pressupõe, exclusivamente, a existência de condenação transitada em julgado, sendo, além de espécie de pena prevista na Carta Magna, também um efeito da condenação”*.

Conclui pela criação, por parte do acórdão combatido, de direito novo não previsto na Constituição Federal, ou em ato normativo infraconstitucional, ao supostamente vincular a suspensão dos direitos políticos apenas aos casos em que a sanção imposta seja a pena privativa de liberdade.

Contrarrazões pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, segundo as quais *“não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno gozo das prerrogativas políticas, cuja relevante importância só permite que sejam tolhidas em situações que inviabilizem materialmente seu exercício, como o encarceramento”*.

Admitido o Recurso Extraordinário, esta SUPREMA CORTE reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em acórdão assim ementado:

DIREITOS POLÍTICOS. CONDENAÇÃO CRIMINAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do Recurso Extraordinário, para que seja determinada a aplicação do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal.

É o relatório.

A propósito, a Constituição de 25/03/1824, Constituição do Império, previa em seu art. 8º, II, a suspensão dos direitos políticos por sentença condenatória a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos. Foi a única Carta brasileira que restringiu a suspensão dos direitos políticos à aplicação de determinadas espécies de pena, quais sejam, prisão ou degredo. Todas as demais Constituições previram a suspensão dos direitos políticos como consequência de uma condenação criminal, independentemente da espécie de pena aplicada.

O art. 71, §1º, *b*, da Constituição brasileira de 1891, estipulava que os direitos do cidadão brasileiro seriam suspensos por condenação criminal, enquanto durassem os seus efeitos.

Essa mesma norma era expressa na Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 110, *b*) e na Constituição de 10 de novembro de 1937 (art. 118, *b*).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, também previa em seu art. 135, II, a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal enquanto durarem os seus efeitos. Igual efeito previa a Constituição Federal de 1967, em seu art. 144, I, *b*, acrescentando, porém, em seu §1º que, “*nos casos previstos neste artigo, acarreta a suspensão de mandato eletivo, cargo ou função pública, enquanto perdurarem as causas que a determinaram*”. Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, houve alteração na disciplina da matéria pois, apesar de permanecer a existência de norma que previa a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal enquanto durassem seus efeitos (art. 149, §2º, *c*), tratava-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei complementar que deveria dispor sobre a especificação dos direitos políticos, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos ou de qualquer deles e os casos e as condições de sua requisição (art. 149, §3º).

Todos os sentenciados que sofrerem condenação criminal com trânsito em julgado estarão com os seus direitos políticos suspensos até que ocorra a extinção da punibilidade, como consequência automática e inafastável da sentença condenatória. A duração dessa suspensão cessa com a já citada ocorrência da extinção da punibilidade, seja pelo cumprimento da pena, seja por qualquer outra das espécies previstas no Código Penal, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação de danos (Súmula nº 9, do TSE: “*A suspensão de direitos políticos decorrente da condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos*”).

Com efeito, segundo a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a regra da suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, o RMS 22.470 AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, j. 11/06/1996, DJe de 27/09/1996, cuja ementa transcrevo adiante:

[...] SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA DE SEUS EFEITOS – AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO – A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível – e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* –, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. MOREIRA ALVES. Doutrina.

Em semelhante diretriz, neste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vale mencionar o RE 418.876/MT, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, j. 30/03/2004, DJe de 04/06/2004.

Pertinente, ainda, ao caso concreto, o seguinte entendimento em obra de minha autoria (*Direito Constitucional*, 34ª edição, Revista e atualizada até EC nº 99, de 14 de dezembro de 2017, São Paulo: Atlas, 2018, p. 286):

Condenação criminal com trânsito em julgado: o art. 15, inciso III, da Constituição Federal é autoaplicável, sendo consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de sua incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades. Assim, a condenação criminal transitada em julgado acarreta a suspensão de direitos políticos pelo tempo em que durarem seus efeitos, independentemente de estar em curso ação de revisão criminal.

Assim, partindo dessa linha de raciocínio, não me parece haver qualquer incompatibilidade na suspensão dos direitos políticos quando a pena privativa de liberdade é substituída por penas restritivas de direitos, uma vez que a imposição da pena substitutiva é consequência da condenação criminal. A pena substituída, nesta hipótese, não tem o condão de descaracterizar o decreto condenatório, haja vista

que qualquer condenação criminal, seja ela privativa de liberdade ou restritivas de direitos, suspenderá os direitos políticos.

Por sinal, quando do julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, o Plenário desta SUPREMA CORTE firmou entendimento no sentido da automaticidade dos efeitos da condenação penal em face do art. 15, III, da Constituição Federal, mesmo nos casos de suspensão condicional da pena. O raciocínio, em linhas gerais, foi de que a suspensão dos direitos políticos prevista no dispositivo acima referido prescindiria da privação da liberdade (hipótese das penas restritivas de direitos, objeto de análise). Confira-se, por oportuno, o teor do referido julgado:

Resta a fundamentação adotada (...) no sentido de que o alcance genérico do inciso III do artigo 15 da atual Constituição a que conduz a interpretação literal desse dispositivo não condiz com o resultado a que se chega pela interpretação lógica do mesmo, sendo, pois, de se lhe dar interpretação restritiva: a suspensão de direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado só ocorre, nessa hipótese, enquanto houver cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade, sendo inaplicável, portanto, a condenado que estiver no gozo do sursis.

Também não me parece procedente essa interpretação restritiva.

De feito, tem razão Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, tomo IV, p. 569, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967) ao salientar que *a ratio dessa suspensão não é a privação da liberdade, mas de ordem ética*. Diz ele:

Na Constituição Política do Império do Brasil, o art. 8º, 2º, entendia suspenso o exercício dos direitos políticos por sentença condenatória à prisão ou degredo. A Constituição de 1946, art. 135, §1º, II, falou de condenação. *Idem*, a de 1967. Ali, atendia-se à restrição à liberdade: preso, ou degredado, não poderia votar, nem exercer direitos políticos; em consequência, bastariam os efeitos adiantados. Aqui, não: *qualquer sentença condenatória basta; o fundamento é ético; em consequência, é preciso o trânsito em julgado*.

[...]

Observo, por outro lado, que, se a condenação criminal a que se refere o artigo 15, inciso III, da Constituição tivesse a sua *ratio* na circunstância de que o recolhimento do preso inviabilizaria

o exercício dos direitos políticos, não exigiria esse dispositivo constitucional e o fez expressamente, ao contrário do que ocorria nas demais Constituições republicanas que tivemos o trânsito em julgado dessa condenação, pois a mesma *ratio* se aplicaria às prisões que se admitem antes da ocorrência do trânsito em julgado de condenação criminal. Por ser ética essa *ratio* é que PONTES DE MIRANDA, na passagem que anteriormente citei, salientava, diante do silêncio, a propósito, da Constituição de 1967, que a condenação criminal a que ela se referia para a suspensão dos direitos políticos deveria transitar em julgado: “o fundamento ético; em consequência, é preciso o trânsito em julgado”.

Se a *ratio* do artigo 15, inciso III, da Constituição fosse a inviabilização do exercício dos direitos políticos pelo fato da privação da liberdade, também a suspensão dos direitos políticos teria de deixar de ocorrer com os liberados condicionalmente, o que pode dar-se com os condenados tanto por crime culposo de menor gravidade (e até por contravenção) quanto por crime doloso a que a lei impõe severas penas. E mais, aplicar-se-ia também essa suspensão aos privados de liberdade por conversão da pena de multa em detenção. Daí resulta, evidentemente, que esse critério não soluciona sequer as hipóteses que não eram desconhecidas do constituinte por já terem sido agitadas muito antes da elaboração da atual Constituição em que se baseiam os que o sustentam em face do texto categórico da Carta Magna.

Ademais, como bem acentuou o parecer da Procuradoria-Geral da República nesta passagem:

Por outro lado, tampouco merece louvor algum a interpretação que subordina a incidência do citado dispositivo constitucional à existência de um *obstáculo material* ao exercício dos direitos inerentes à cidadania o recolhimento do condenado [...]. Ora a existência de tal obstáculo material, se tivesse algum relevo, só poderia justificar, neste caso, a suspensão do direito de votar, mas não o direito de ser votado. Efetivamente, não deixa de ser complicado, do ponto de vista prático, assegurar o direito de voto ao condenado que esteja preso no dia exato da eleição, mas não haveria qualquer embaraço da mesma ordem (salvo quanto à campanha política, que, ante a impossibilidade material de realização de comícios, ficaria limitada à distribuição de panfletos, santinhos, calendários

etc.) se lhe fosse garantido o direito de ser votado. Afinal de contas, se, além de eleito, estivesse prevista a sua soltura para os dias seguintes à eleição, deixaria de existir qualquer impedimento ao desempenho de seu mandato. *Mas o que não parece plausível é supor que apenas o fato de o recolhimento à prisão do condenado, e não o juízo de reprovabilidade expresso na condenação, tenha o condão de justificar a suspensão de direitos políticos de que trata o dispositivo constitucional em causa.*

Logo, o fato de a pena privativa de liberdade imposta ter sido substituída por pena restritiva de direitos não lhe retira os efeitos dela decorrentes (suspensão dos direitos políticos). Incide, portanto, o dispositivo constitucional em comento. Nesse sentido, aliás, são inúmeros os precedentes desta CORTE: RE 603.604/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 18/02/2010; RE 601.141/MG, Rel.^a Min.^a CÁRMEN LÚCIA, DJe de 19/03/2010; RE 634.598/MG, Rel.^a Min.^a CÁRMEN LÚCIA, DJe de 07/02/2011; RE 577.012 AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 25/03/2011, o último com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. DIREITOS POLÍTICOS. SUSPENSÃO EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSEQUÊNCIA QUE INDEPENDE DA NATUREZA DA SANÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

I A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos.

II No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação.

III Agravo regimental improvido. (RE 577.012 AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 25/03/2011)

Solução final a ser adotada. Fixação de tese para fins de repercussão geral.

Diante dessas considerações, voto pelo conhecimento do *Recurso Extraordinário*, e no mérito, voto pelo *provimento do Recurso Extraordinário*, com fixação da seguinte Tese, para fins da sistemática da repercussão geral em relação aos casos que tratem ou venham a tratar do *Tema 370*:

A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência

imediate da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses).

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhora Procuradora-Geral da República, saúdo o eminente Ministro-Relator, o Ministro Marco Aurélio, as sustentações orais que aportaram à tribuna e, por igual, a sustentação oral feita, na manhã de hoje, pelo Doutor Luciano Mariz Maia, pela Procuradoria-Geral da República, ao começo deste julgamento.

O que se está a debater aqui já granjeou duas posições, a do eminente Ministro-Relator, que nega o acolhimento da pretensão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e a divergência que vem de abrir, agora, o eminente Ministro Alexandre de Moraes no sentido de conhecer e dar provimento para delimitar o sentido e alcance do inciso III do art. 15 da Constituição.

Senhor Presidente, como não será diverso – creio – das posições que se seguirão, também, diante do voto do eminente Ministro-Relator e do eminente Ministro Alexandre de Moraes, vou, obviamente, fazer uma inflexão numa das duas posições que agora são aqui aportadas e, como é a primeira vez que este tema vem ao Plenário nesses quase quatro anos que aqui me encontro, apenas vou tomar poucos minutos para dar as razões pelas quais eu farei a inflexão que acabo de mencionar.

Apenas para estabelecer o encadeamento que, desde o começo, estamos a debater acórdão cuja deliberação se deu no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria, e, em face da qual, conferiu-se uma interpretação a este inciso III do art. 15, segundo a qual a suspensão dos direitos políticos somente pode ocorrer em situações que materialmente inviabilizem a fruição desses direitos políticos. Em outras palavras, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos levou aquele Tribunal a entender que, nesta hipótese, não haveria que se proceder à suspensão, uma vez que não se justificaria tal circunstância.

Pois bem, este recurso extraordinário veio ao Tribunal e, à proposição do eminente Ministro Marco Aurélio, relator do feito, foi reconhecida a repercussão geral.

Não há dúvida alguma da abrangência que este caso concreto tem, da sua repercussão e de verter direta e imediatamente uma questão de índole constitucional.

Creio que não é demasiado destacar alguns dos aspectos que, ao lado do sempre acutíssimo voto proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio, foram suscitados na sustentação oral do Doutor Luciano Mariz Maia, nomeadamente à luz do §2º do art. 5º da Constituição, que tem, como sabemos, uma cláusula de abertura com tratados e convenções internacionais. E o ilustre Vice-Procurador-Geral da República fez referência expressa ao art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual requer a existência de restrições fundadas para a suspensão do exercício desses direitos políticos.

Esta expressão “restrições fundadas” ou “a vedação de discriminação por restrições infundadas” já foi objeto de algumas decisões, nomeadamente duas, uma de 2005, da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando, em 6 de outubro de 2005, projetou para essa matéria uma espécie de proibição de restrições absolutas, ou seja, uma vedação, o que ali se denominou “*the blanket bands*”, ou seja, desse tipo de proibição absoluta.

Num outro caso, cinco anos depois – esse primeiro caso é o *Caso Hirst vs. Reino Unido*, e um segundo, *Frodl vs. Áustria*, de 8 de abril de 2010, também se indicou na mesma direção.

Esta linha foi seguida no *Caso Yatama vs. Nicaragua* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assentando que a razoabilidade ou a fundamentação dessa restrição deveria estar prevista em lei.

Pois bem, nada obstante essa ordem de ideias que foi trazida pelo ilustre Vice-Procurador-Geral da República, este Supremo Tribunal Federal tem precedente numa direção diversa. Como aqui já foi mencionado, em 8 de setembro de 1995, publicou-se o julgamento no Recurso Extraordinário 179.502, da relatoria do eminente Ministro José Carlos Moreira Alves perante este Plenário. Lá se assentou, no julgamento que foi de maio e publicado em setembro daquele ano, que, em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado, por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Faço, portanto, a citação literal.

Naquela assentada, o eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio, evidenciando a coerência do voto de então com o voto que vem de proferir, integrou a corrente vencida naquela assentada e, em uma passagem brilhante, divergiu desse entendimento e – pelas anotações que tenho – acolheu os argumentos que ecoam, no modo de ver de Sua Excelência, o sistema de proteção à pessoa humana, especialmente fazendo menção a que esse preceito – ou seja, o art. 15, III, da Constituição –, quando se refere à duração dos efeitos da condenação, remete à impossibilidade material do exercício dos direitos políticos, os direitos inerentes à cidadania – uma frase que colhi do pronunciamento do eminente Ministro-Relator, que, naquele julgamento, restou vencido.

Essa matéria, que lá foi ferida, volta a esta apreciação agora com maior verticalização. Creio que o caso presente verticaliza, aprofunda o que lá restou debatido.

Neste caso, sem embargo da sustentação oral brilhante, também e como sempre sensível, do ilustre do Doutor Luciano Mariz Maia, mas há nos autos, como, aliás, Sua Excelência fez referência, um parecer da Procuradoria-Geral da República em sentido que indica uma direção distinta. Vale dizer, a eminente Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, aqui presente, ao fazer referência à obra doutrinária do Ministro Alexandre de Moraes, sustenta ser irrelevante o regime prisional fixado na sentença diante da eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou multa, ou concessão de *sursis*, ou mesmo de livramento condicional, portanto, ou da suspensão condicional ou das outras hipóteses que aqui menciona.

Nessa ordem de ideias – esse parecer é de 8 de maio de 2019 –, há nos autos uma manifestação originária do Ministério Público Federal, de 26 de agosto de 2010, firmada pelo Doutor Mário José Ghisi, Subprocurador-Geral da República. Aqui faço uma referência expressa, eis que foi meu Colega de turma na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, e verifiquei que, nos autos, há uma manifestação de meu querido Colega, que aqui veio sustentando uma posição que, agora, também se discute, na direção da incompatibilidade da suspensão dos direitos políticos quando ocorra a substituição da pena corporal por sanções restritivas de direito, portanto opinando pelo provimento do recurso extraordinário.

Pois bem. Como eu havia mencionado no início, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu por maioria; e, no voto vencido, há referências doutrinárias do sempre lembrado Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, ilustre constitucionalista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; bem como de outro precedente deste Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 179.502, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento publicado em 27 de setembro de 1996.

Esse contexto todo, Senhor Presidente, estou a colocar para mostrar como a matéria suscita fundada controvérsia, percepções distintas, é direta e imediatamente a interpretação de um preceito normativo de índole constitucional. Portanto, ao mesmo tempo em que enalteço esse debate ter sido trazido ao julgamento, também reconheço que o seu desate demanda percepções igualmente sólidas em sentidos que não são necessariamente convergentes.

A conclusão a que chego desse universo, Senhor Presidente, é que a latitude hermenêutica do inciso III do artigo 5º não me parece, com toda vênua, agasalhar a interpretação que dê ao vocábulo “condenação” uma similitude com o modo pelo qual a imposição da sanção será cumprida. Tanto é assim que, quando nós apreciamos, neste Tribunal, as ações penais originárias, primeiro se procede ao julgamento para verificar-se – como, aliás, não apenas neste Tribunal –, mas o juízo do colegiado se dá inicialmente para verificar se haverá condenação ou não e, somente depois, como

obviamente não poderia deixar de ser, procede-se à fixação da pena mediante a dosimetria na metodologia trifásica, que é conhecida e reconhecida na dogmática processual penal brasileira.

Isso significa, em meu modo de ver, que a compreensão que conforta a percepção sistemática e racional que colho desse dispositivo da Constituição vai ao encontro da divergência suscitada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, a condenação se dá independentemente de tratar-se de uma pena que afeta a liberdade ou apenas restringe direitos, à luz da orientação que posso haurir, pelo menos até este momento, fundada nesse precedente, o recurso extraordinário, especialmente este que mencionei inicialmente, o 179.502.

Creio que compreender em sentido diverso quicá poderia representar, com a licença da metáfora pedestre, uma espécie de falso positivo jurídico, ou seja, uma condenação da qual não se extrairiam todos os efeitos da condenação, e o legislador constituinte fez uma opção por atribuir os efeitos dessa condenação, extraindo daí uma suspensão dos direitos políticos. Se essa foi, ou não, uma boa solução, esse é um debate que está no plano de um juízo axiológico, em meu modo de ver, legislativo ou metanormativo, no sentido da dogmática estrita, especialmente na seara do Direito sancionador.

Por essas razões, Senhor Presidente, e com essa breve exposição oral que faço, eu peço todas as vênias ao eminente Ministro-Relator e acompanho a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Apenas para rememorar o que interessa para esta manifestação, trata-se de recurso extraordinário com repercussão geral em que se debate a possibilidade de suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito. Na origem, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que a suspensão de direitos políticos somente pode ocorrer em situações que materialmente inviabilizem o gozo dos direitos políticos.

O recurso foi interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, tendo como argumento a alegação segundo a qual “a suspensão dos direitos políticos pressupõe, exclusivamente, a existência de condenação transitada em julgado”.

O dispositivo constitucional invocado, art. 15, III, da CRFB, dispõe que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

Era, em síntese, o que tinha a lembrar.

Assiste razão jurídica ao recorrente. A questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal e o pedido amolda-se à jurisprudência desta Corte.

É certo que o dispositivo constitucional tido por violado não deve ser lido de forma isolada. É preciso interpretá-lo à luz do disposto no art. 5º, LIV, e §2º, no que, respectivamente, garante o direito ao devido processo legal e invoca os tratados de direitos humanos como guia de interpretação da própria Constituição Federal.

Nessa dimensão, o Artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe que:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Ao interpretar esse artigo, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que qualquer restrição aos direitos políticos deve ter por base critérios objetivos e razoáveis (CCPR/C/21/Rev. 1/Add.7/par. 4). Além disso, reconheceu que é preciso que essas causas constem de leis as quais devem estabelecer precisamente quais são os critérios objetivos.

No âmbito europeu, os direitos políticos estão assegurados no Protocolo Adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Em seu art. 3º, o Protocolo prevê que “as Altas Partes Contratantes obrigam-se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo”.

Nos casos em que definiu o alcance desses dispositivos, a Corte Europeia, acolhendo o critério de razoabilidade indicado pelo Comitê de Direitos Humanos, julgou que são proibidos pela Convenção os “*blanket bans*”, isto é, as proibições absolutas (Hirst vs. Reino Unido, nº 2, Grande Câmara, 512, 06.10.2005). Além disso, também seriam incompatíveis as suspensões de direitos políticos que (i) não tenham sido determinadas por um juiz; (ii) que não levem em conta a gravidade dos fatos;

(iii) que não relacionem a ofensa criminal cometida com as preocupações relativas às eleições e às instituições democráticas (Frodl vs. Áustria, Comunicação nº 20201/04, Câmara, 291, 08.04.2010).

No âmbito do sistema interamericano, os direitos políticos estão previstos no Artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica e tem o seguinte teor:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

No julgamento do Caso Yatama vs. Nicarágua, a Corte Interamericana assentou que a restrição do direito, nos termos do §2º, deve (i) *estar prevista em lei*; (ii) não ser discriminatória; (iii) basear-se em critérios razoáveis; (iv) atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para um imperativo interesse público; (v) ser proporcional a esse objetivo (Sentença de 23.06.2005, par. 206). Afirmou, ainda, que o critério de proporcionalidade deve atender ao que dispôs a Corte Europeia no caso Hirst vs. Reino Unido.

Essa ordem de ideias, no entanto, é insuficiente para afastar a procedência do pedido formulado no recurso extraordinário.

Isso porque, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, há precedente que já enfrentou a questão posta neste extraordinário. Trata-se do RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 08.09.1995. O julgado foi assim ementado:

EMENTA: Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal

transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 179502, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1995, DJ 08-09-1995 PP-28389 EMENT VOL-01799-09 PP-01668).

Esse precedente, é certo, não foi unânime. Integrando a corrente vencida, o e. Ministro Marco Aurélio, em passagem brilhante, divergiu do entendimento ali fixado e acolheu argumentos que ecoam a orientação jurisprudencial do sistema de proteção à pessoa humana. Sua Excelência fez observar que o preceito contido no art. 15, III, “quando se refere à duração dos efeitos da condenação, remete à impossibilidade material do exercício dos direitos políticos, os direitos inerentes à cidadania”. Noutras palavras, o texto constitucional não consagraria, segundo essa visão, uma automaticidade, ao menos no que tange a penas que não guardem estrita correspondência com a impossibilidade de exercício dos direitos políticos.

Não obstante a relevância desses argumentos, impõe-se, *in casu*, a observância do precedente firmado pelo Plenário desta Corte. Por essa razão, pedindo vênia ao e. Relator, acompanho o voto do e. Ministro Alexandre de Moraes, para dar provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, cumprimento todos os votos que me antecederam.

A teoria do Direito faz uma divisão das questões jurídicas em casos fáceis e casos difíceis. Os casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico, de modo que o intérprete tem que projetar algum grau de subjetividade para construir a solução adequada. É o que acontece, por exemplo, quando, por vezes, a linguagem é ambígua e é preciso determinar o sentido de uma expressão como “calamidade pública” ou “melhor interesse da criança”.

Também, muitas vezes, os casos são ditos difíceis porque há uma colisão de princípios ou de normas constitucionais. Por exemplo, privacidade e liberdade de expressão podem entrar em linha de tensão; ou livre iniciativa e proteção do consumidor.

E uma terceira hipótese em que surge um caso difícil é quando existem desacordos morais na sociedade, questões delicadas como uniões homoafetivas, interrupção de gestação. Nesses casos, você está diante de situações complexas,

porque precisa operar, muitas vezes, com princípios vagos, aos quais o intérprete tem que dar algum conteúdo, alguma concretização.

A *contrario sensu*, casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Portanto, não envolvem maior grau de subjetividade ou de criatividade por parte do intérprete.

Pedindo todas as vênias às compreensões diferentes, acho que nós estamos aqui diante de um caso que eu qualificaria como fácil, porque considero que a dicção da norma é inequívoca. E aqui nós não estamos diante de um princípio, estamos diante de uma regra.

E parodiando um renomado árbitro de futebol que, depois, converteu-se em comentarista, a regra é clara e diz:

Art. 15 É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Portanto, a norma constitucional fala simplesmente em condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos, independentemente de a cominação ser de pena privativa de liberdade ou dividida entre restrição de direitos. Verifico que, pelo Código Penal, a substituição se dá, normalmente, em casos ou de crimes culposos ou de crimes em que a pena não seja superior a 4 anos.

Logo, nós estamos falando em uma suspensão de direitos com prazo limitado. Penso que é uma restrição a direito fundamental expressamente prevista na Constituição.

De modo que, entendendo as razões, sempre bem lançadas, do Ministro Marco Aurélio, eu, no entanto, penso que aqui o limite é a possibilidade semântica da norma. E creio que a norma não dá margem a dúvidas.

Por essa razão, pedindo vênias ao Relator, estou acompanhando a divergência.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: 1. Senhor Presidente, em discussão o delineamento da proteção assegurada aos *direitos políticos* – enquanto *direitos fundamentais* que são – pelo *art. 15 da Lei Maior*, que assim dispõe:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

2. No caso em tela, o acórdão acolheu parcialmente o apelo da defesa apenas para revogar a suspensão dos direitos políticos, mantendo, quanto ao mais, a sentença pela qual o réu fora condenado a pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática do delito previsto no *art. 304 do Código Penal* (uso de documento falso). Eis a ementa da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. AGENTE QUE ADQUIRIU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO FALSA. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA. DOLO DO TIPO. DELITO CARACTERIZADO. *SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INCOMPATIBILIDADE AFASTADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.* O dolo, no delito do art. 304 do CP, é genérico, e consiste na vontade deliberada de usar o documento com a consciência de sua falsidade. No uso de documento falso, o que exclui o dolo é a total ignorância da falsidade, não sendo este o caso dos autos, em que o réu viajou de um estado a outro para adquirir a carteira, sequer adentrando o DETRAN local e nem feito quaisquer exames. *Tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao increpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direitos, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente os inviabilizem.*

Interposto, pelo Ministério Público estadual, recurso extraordinário em que se aponta afronta ao *art. 15, III, da CF*.

3. Em 03.03.2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão alusiva à suspensão de direitos políticos objeto do *art. 15, III, da Constituição da República*, nas hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O exato equacionamento da questão, *data venia*, não é bem se é possível ou não a suspensão dos direitos políticos de condenado em caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Cumpre saber, mais *precisamente*, se a condenação criminal, uma vez transitada em julgado, conduz, ou não, automática e necessariamente à suspensão dos direitos políticos do condenado, ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido substituída por pena restritiva de direitos.

4. O pressuposto institucional norteador da resposta a essa questão deve ser, antes de tudo, a prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E os direitos políticos são direitos fundamentais.

Há, nesse contexto, que reafirmar a importância intrínseca do processo democrático e o valor sagrado do sufrágio, deixando de lado leituras que eventualmente resumam os *direitos políticos subjetivos* assegurados na Constituição, bem como as ideias de democracia, de povo e de soberania popular, a categoria pertencente a uma espécie de *mitologia política*, e, nas palavras do jurista e filósofo do direito Richard Posner, o melhor talvez fosse admitir a *“aceitação realista – e quiçá cínica – do processo democrático como um mero método menos ruim de controlar representantes e funcionários públicos.”*¹

É que a extensão da proteção a direitos políticos que estamos dispostos a extrair da Constituição é indissociável do sentido que atribuímos à própria democracia – e, particularmente, à democracia representativa. Penso que não pode a democracia – e os direitos subjetivos que são a condição para a sua efetividade – ser tratada, juridicamente, como conceito meramente abstrato, ideal vago ou simples retórica, sem densidade semântica e normativa apta a determinar, na vida prática da República, os modos de funcionamento do Estado e de relacionamento entre as instituições e os poderes.

Segundo a lição de José Afonso da Silva:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio, derivado ou secundário: o da representação.²

¹ POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

5. A exegese do *art. 15 da Carta Política*, no tocante à incidência automática da perda ou suspensão de direitos políticos nas hipóteses que especifica, assume, nesse quadro, tônica extremamente sensível para a própria autocompreensão da democracia e da amplitude da proteção aos direitos subjetivos a ela inerentes.

O *art. 15, caput, da CF* veda sejam direitos políticos cassados, prevendo hipóteses apenas para sua perda ou suspensão. A condenação criminal transitada em julgado está enumerada, no *art. 15, III, da CF*, entre as causas de perda ou suspensão de direitos políticos, cabendo o registro, desde logo, de que a hipótese referida é de suspensão, e não de perda, dos direitos políticos, porque limitada ao tempo de duração dos efeitos da condenação.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

Os direitos políticos são aqueles tratados no art. 14 da Constituição Federal, quais sejam, a *capacidade eleitoral ativa* – direito de votar, de eleger – e a *elegibilidade* – direito de concorrer a cargos políticos, ser votado, ser eleito.

Assim, o brasileiro que não se encontre no gozo dos seus direitos políticos, entre outras limitações previstas na Constituição, não pode votar em eleições, plebiscitos ou referendos e nem se candidatar a qualquer cargo público eletivo.³

Antes de desenvolver o argumento, pertinente remeter a breve rol exemplificativo da doutrina jurídica sobre a definição dos direitos políticos: “conjunto de normas disciplinadoras da soberania popular”⁴; “disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular”⁵; “conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular”⁶; “poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto”⁷. Consistente com tais exemplos, também

³ CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar: aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

⁴ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

⁷ RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1972.

destaco o magistério de Antônio Carlos Mendes, que tipifica três modos de exercício dos direitos políticos: votar, ser votado, fiscalizar os atos do poder público. Para Sampário Dória, os direitos políticos “são, pelo menos dois, irredutíveis: o de votar e o de ser votado, o sufrágio e a elegibilidade”⁸. Faz coro Alexandre Kimura, para quem “os direitos políticos possibilitam a participação popular na formação da vontade do Estado, conferindo ao cidadão aptidão para votar (direito político ativo) e ser votado (direito político passivo)”⁹. A mesma compreensão é compartilhada por José Afonso da Silva, que ensina o seguinte:

O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito de votar e ser votado, embora não se reduza a isso (...) [isso, porque também incluem, segundo o autor, direitos de democracia direta, como a participação em plebiscitos e referendos, a iniciativa popular de leis e o ajuizamento da ação popular].

Essa característica fundamental dos direitos políticos possibilita falar em direitos políticos ativos e direitos políticos passivos, sem que isso constitua divisão deles. São apenas modalidades do seu exercício ligadas à capacidade eleitoral ativa, consubstanciada nas condições do direito de votar, e à capacidade eleitoral passiva, que assenta na elegibilidade, atributo de quem preenche as condições do direito de ser votado.¹⁰

Não se reduzem, os direitos políticos, ao núcleo votar e ser votado, porque também se inserem nesse conjunto os direitos de voto nos plebiscitos e referendos, assim como outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos. Esse último aspecto é significativo. Não se discute que, sem filiação partidária, não se pode exercer o direito político de concorrer em eleições. Não obstante, uma vez eleito, há hipóteses em que, mesmo desfilado de qualquer agremiação partidária (condição de elegibilidade), um parlamentar permanece exercendo legitimamente o mandato.

Para Roberto Moreira de Almeida, os direitos ativos de cidadania consistem no “direito de votar nas eleições em geral, nos plebiscitos e nos referendos, bem como de subscrever projetos de lei de iniciativa popular”¹¹. Já os direitos políticos passivos “tem a ver com a elegibilidade da pessoa ou o direito de ela ser votada” – condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade.

⁸ DÓRIA, Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960, vol. II.

⁹ KIMURA, Alexandre. *Manual de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

¹¹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. Salvador: Juspodivm, 2012.

Além da distinção entre direitos políticos ativos (votar) e direitos políticos passivos (receber votos válidos), essa classe de direitos também se divide entre direitos políticos positivos e direitos políticos negativos:

Os primeiros dizem respeito às normas que asseguram a participação no processo político eleitoral, votando ou sendo votado, envolvendo, portanto, as modalidades ativas e passivas (...). O segundo grupo constitui-se de normas que impedem essa atuação e têm seu núcleo nas inelegibilidades.¹²

6. Sobre o escopo da *perda dos direitos políticos*, impende observar que:

Os direitos políticos negativos compõem-se, portanto, das regras que privam o cidadão, pela perda definitiva ou temporária (suspensão), da totalidade dos direitos políticos de votar e ser votado, bem como daquelas regras que determinam restrições à elegibilidade do cidadão, em certas circunstâncias: as inelegibilidades.¹³

Uadi Lammêgo Bulos procede a uma leitura ainda mais restrita do regime constitucional dos direitos políticos:

Direitos políticos positivos são o conjunto de normas jurídicas que asseguram a participação do povo no cenário eleitoral do Estado. São direitos cívicos – *jus civitatis* – na medida em que permitem ao cidadão participar, direta ou indiretamente, do processo político.
(...)

Embora o direito de propor ações populares (CF, art. 5º, LXXIII) e o direito de organizar e participar de partidos políticos (CF, art. 17, *caput*) sejam formas genuínas e eloquentes de manifestação da soberania popular, eles não integram o cerne dos direitos políticos positivos, ainda que tenham pontos de contato com o tema.

A essência dos direitos políticos positivos apenas compreende o direito de sufrágio, os sistemas eleitorais e o procedimento eleitoral.

(...)

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Direitos políticos negativos são o conjunto de normas constitucionais que impedem o cidadão de exercer atividade político-partidária.

Qualificam-se de negativos, pois negam o direito de votar (= incapacidade eleitoral ativa) ou de ser votado (= incapacidade eleitoral passiva).

Desse modo, impedem os cidadãos de participarem do processo eleitoral, restringindo o acesso aos órgãos governamentais.¹⁴

Ao examinar o disposto no *art. 15, III, da CF*, Rodrigo López Zilio esclarece, a respeito de quais são os direitos, abrangidos pela expressão “suspensão dos direitos políticos”, a serem alcançados pela superveniência do trânsito em julgado de condenação criminal, *de per si*:

A condenação criminal transitada em julgado, além da *suspensão dos direitos políticos (restrição da capacidade eleitoral ativa e passiva)*, implica, em determinadas hipóteses, na inelegibilidade (*restrição capacidade eleitoral passiva*) prevista no art. 1º, inciso I, alínea e, da LC nº 64/90. Assim, ainda que de forma breve, cumpre distinguir: se a cessação da *suspensão dos direitos políticos (leia-se, direito de votar e de ser votado)* ocorre automaticamente com o cumprimento ou extinção da pena; a inelegibilidade (*direito de ser votado*), prevista na alínea e, prorroga-se por 08 (oito) anos após o cumprimento da pena.¹⁵ (Grifei.)

A seu turno, Pinto Ferreira descreve a suspensão dos direitos políticos como sendo “a privação dos direitos políticos, isto é, de votar e de ser votado”¹⁶. E, novamente, José Afonso da Silva observa que “a Constituição emprega a expressão direitos políticos em seu sentido estrito, como conjunto de regras que regula os problemas eleitorais, quase como sinônimo de direito eleitoral”.

Portanto, nos termos do *art. 15, III, da CF*, ficam suspensos os direitos políticos do condenado em sentença criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos, que, por esse motivo, não poderá, durante esse período, exercer a capacidade eleitoral ativa, e tampouco poderá candidatar-se e ser eleito, ou reeleito. Partindo-se da previsão do *art. 15, III, da CF*, os efeitos do trânsito em julgado de condenação criminal constituem *causa* de suspensão dos direitos políticos.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁵ ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral* – 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico Editora, 2012.

¹⁶ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1.

7. À evidência, o dispositivo, endereçado ao legislador, encerra uma *vedação* – à cassação de direitos políticos – e uma *autorização* – ao *admitir* a perda ou a suspensão desses direitos nas, e somente, hipóteses que enumera.

Uma coisa é afirmar, como registrado na jurisprudência desta Casa, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos *não impede* a suspensão dos direitos políticos do condenado. Cfr.: RE 179.502, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 8.9.1995; RE 577.012 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe-056 de 25.3.2011.

Daí não se segue, contudo, que a suspensão dos direitos políticos traduza efeito direto, automático e necessário da condenação penal, ainda que em hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A leitura sistemática das hipóteses de suspensão ou perda de direitos políticos enumeradas nos incisos do *art. 15 da CF*, aliada à *expressa vedação, no respectivo caput*, da sua cassação, é sugestiva de que a limitação aos direitos políticos (perda e suspensão) nele encetadas não configuram sanções em si mesmas, mas decorrências de ordem prática decorrentes dessas hipóteses. Até mesmo porque a Constituição, no *art. 5º, XXXIX*, consagra o princípio de que não haverá pena sem prévia cominação legal (lei em sentido estrito) e, no *inciso XLVI*, dispõe que “a lei regulará a suspensão ou interdição de direitos”.

A doutrina penalista tem seguido nessa linha. Cezar Roberto Bitencourt entende que “os efeitos específicos da condenação não são automáticos, dependem de motivação na sentença”¹⁷. Por sua vez, Julio Mirabete afirma que “exige-se, assim, que o juiz examine os requisitos objetivos e subjetivos do fato, e a decretação deve ser reservada aos casos de maior gravidade”¹⁸.

Desse modo, fica claro que, em regra, a perda de direito político deve ser motivada em sentença pela restrição da eficácia do mandamento constitucional previsto no *art. 15, III, da CF*, salvo nos casos em que, observado o princípio da legalidade estrita, o ordenamento jurídico, em razão da vontade legislativa, fixa determinados tipos penais em que o efeito será automático.

Pela própria gravidade do efeito, não é possível sua análise extensiva, condicionando sua ocorrência, como regra geral, apenas aos casos em que seja decretada a restrição na sentença penal condenatória, excetuando, tão só, casos específicos em que a própria lei, em razão do bem jurídico tutelado, explicita a perda ou suspensão do direito político do infrator.

8. A controvérsia comporta exame, ainda, sob a ótica do *direito à individualização da pena*, tema objeto de profunda discussão nos autos do *HC 82.959/SP* (Relator Ministro Marco Aurélio). Destaco pela pertinência à discussão em apreço, excerto em que o Ministro Cezar Peluso cita lições de Canotilho:

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5ª ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Ao cuidar do regime das leis restritivas de direitos fundamentais, ensina que compreende ele três instâncias: 1ª, delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª, averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª, controle de observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites). Tais instâncias funcionam como critério de interpretação-aplicação das normas restritivas de direito, liberdades e garantias.

Dentro do âmbito da 3ª instância – limite de limites – enquadra-se a exigência de autorização de restrição expressa, que, nas palavras do eminente constitucionalista português, “tem como objetivo obrigar o legislador a procurar sempre nas mesmas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício de sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direito fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeito a reserva de leis restritivas”. E, acrescenta: “a exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma função de advertência (*Warnfunktion*) relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias, e construir uma norma de proibição, pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos, salvo os autorizados pela Constituição”.

Esta Casa tem prestigiado, na interpretação da Constituição, a ampliação dos direitos individuais, de modo a eliminar, ao máximo, os critérios de restrição, sempre respeitando o Estado Democrático de Direito. E interpretações extremadas do *art. 15, III, da CF, data venia*, não podem ser harmonizadas com o *direito fundamental à individualização da pena assegurado no art. 5º, XLVI, da CF*, nem com o princípio da legalidade estrita em matéria penal (*art. 5º, XXXIX, da CF*), bem como, tampouco, com o comando inscrito no *art. 5º, XLVI, da CF*.

9. Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso extraordinário.

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público.

Nós, Senhor Presidente, na verdade, estamos pretendendo, por meio desse julgado, conferir qual a real interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal. Aliás, hoje já foi citada aqui, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, uma regra de hermenêutica que de há muito lembrada por Carlos Maximiliano: *in claris cessat interpretatio*, quando a lei é clara, cessa a interpretação.

E diz o art. 15:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Então, a vontade constitucional foi clara e exatamente coerente com toda a sua axiologia, com todos os seus princípios. Não é por outra razão que, antes do art. 15, o §9º do art. 14 exige, para o exercício do mandato, probidade e moralidade. E hoje há uma modificação do sentimento constitucional da sociedade – porque o direito vive para o homem e não o homem para o direito –, no sentido de que determinadas infrações tornam efetivamente incompatível o exercício do mandato. Isso está dito aqui no art. 14, §9º.

O art. 15 especifica um caso flagrante, que é o da condenação criminal transitada em julgado, que torna incompatível o exercício do mandato, sendo certo que a própria ação de improbidade administrativa julgada procedente gera suspensão de direitos políticos. Então, com muito mais razão, uma condenação criminal transitada em julgado.

Sucedem que o Ministro Marco Aurélio suscitou uma questão interessante e deu um exemplo. Ele questionou: Será que uma pessoa condenada por acidente de trânsito comete uma infração incompatível com o exercício do mandato? Evidentemente que não. Não é o caso sob exame, o caso aqui é de uma falsidade, mas nós vamos fixar uma tese genérica sobre o real alcance do art. 15.

Então, é evidente que as decisões judiciais constitucionais também têm que perpassar por um princípio de razoabilidade, por um princípio de proporcionalidade. Nesse exemplo que o Ministro Marco Aurélio deu, seria realmente uma suma injustiça impedir o exercício do mandato, porque eventualmente teria cometido uma lesão corporal culposa ou outros delitos de menor potencial ofensivo.

De sorte que, procurando, como sempre faço, obter para a tese geral uma solução justa e depois dar-lhe uma roupagem jurídica, dando juridicidade a essa solução, faço uma reflexão sobre o fato de que o art. 15 da Constituição Federal, mercê de autoaplicável, não inibe a esfera de conformação do legislador infraconstitucional. Então, não há problema nenhum se o legislador infraconstitucional especificar quais os casos em que a condenação criminal transitada em julgado leva à suspensão de direitos políticos.

E, aqui, foi dito, em contravenção ao parecer que já havia sido exarado pela Procuradora-Geral da República Raquel Dodge, que não há legislação que sugira quais são os casos em que se dá a suspensão dos direitos políticos, em razão de condenação criminal transitada em julgado. Eu ousou, efetivamente, divergir!

Porque a própria Constituição delegou ao legislador complementar a tarefa de estabelecer as infrações que infringem a moralidade e a proibidade no exercício de mandato. E, se assim não bastasse, houve também um sentimento constitucional do povo, na medida em que ele apresentou ao Parlamento uma lei de iniciativa popular que é denominada “Lei da Ficha Limpa”. Nessa lei, há explicitação de crimes cuja a gravidade gera a suspensão de direitos políticos, como, *verbi gratia*, crimes contra a Administração Pública, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção, o que é bem diferente de um mero acidente de trânsito.

Então, estou, efetivamente, acompanhando a posição do Ministro Alexandre de Moraes, pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, mas com um *plus*: o art. 15 da Constituição Federal é autoaplicável – que foi a corrente vencedora no acórdão do Ministro Moreira Alves, que se baseou em Pontes de Miranda, Frederico Marques e vários autores de porte, que eram até então presentes na doutrina constitucional – e acresceria que, dentro desse espaço de conformação, a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, mercê de revelar norma autoaplicável, é dispositivo cuja a extensão foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional, nos termos da “Lei da Ficha Limpa”, a qual define os crimes que gerarão a suspensão dos direitos políticos: elegibilidade e direito de voto. Então, faço só esse acréscimo.

Ou seja, entendo que a condenação criminal transitada em julgado implica a suspensão dos direitos políticos, nos crimes enumerados pela “Lei da Ficha Limpa”. E, aqui no meu voto, que é extenso, faço a enumeração de todos os delitos previstos na “Lei da Ficha Limpa”, na qual, evidentemente, não estão arroladas infrações de menor potencial ofensivo.

Eu vou fazer a juntada de voto, Senhor Presidente, mas é nesse sentido que sugiro e encaminho a minha votação, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, com as vênias do Ministro Marco Aurélio, e acrescentando os delitos da “Lei da Ficha Limpa” como os passíveis de gerar a suspensão de direitos políticos.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, nobres advogados, senhoras e senhores aqui presentes.

Tão logo promulgada a Constituição de 1988, a questão da aplicabilidade do art. 15, III, da CRFB, a casos de condenação criminal sem privação de liberdade foi submetida ao Supremo Tribunal Federal.

Cuidava-se de condenação por crime eleitoral contra a honra, no qual o condenado foi beneficiado com *sursis*, mas teve decretada a suspensão de seus direitos políticos, nos termos da Constituição. Em razão disso, foi cassado o diploma do então recorrente, que fora eleito Vereador no pleito anterior.

O *leading case* na matéria é o RE 179.502. Por maioria de 7x4, assentou-se, naquele julgamento, a automaticidade dos efeitos da condenação previstos no art. 15, III, da CRFB, considerando-se o dispositivo autoaplicável. Confira-se:

Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. - Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 179.502, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/05/1995).

Naquele julgamento, ficaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Marco Aurélio e Maurício Corrêa, que não conheciam do recurso.

A confirmar a autoaplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional, cumpre destacar que a Primeira Turma desta Corte vem aplicando, por unanimidade, o disposto no art. 15, III, da CRFB, como efeito das condenações proferidas em sede de ações penais originárias (AP 694, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02/05/2017; AP 935, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/02/2018) – cuidando-se, porém, de casos em que se aplicou pena privativa de liberdade ao condenado.

Devem ser mencionadas, ainda, decisões monocráticas deste Tribunal que, anteriormente ao reconhecimento da Repercussão Geral da tese, consideraram plenamente aplicável a suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, a casos de condenação a pena não privativa de liberdade. Nesta linha, além do RE 179.502, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas no RE 601.141, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/02/2010; e no RE 603.604, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/02/2010.

De toda sorte, o *leading case* desta Corte sobre a matéria revelou intensos debates, tendo se formado duas correntes interpretativas principais e uma terceira que, embora isolada, tem o peso de ter sido defendida pelo sempre lúcido e arguto voto do Ministro Sepúlveda Pertence. As três vias interpretativas podem ser assim sintetizadas, *grosso modo*:

(i) Para a corrente vencedora, o art. 15, III, da Constituição Federal é norma autoaplicável e a suspensão dos direitos políticos é efeito automático de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, independentemente da natureza da pena aplicada, à luz de interpretação histórica e axiológica, aplicando-se, portanto, aos casos de aplicação de pena restritiva de direitos e de *sursis*;

(ii) Para a segunda corrente, o art. 15, III, da Constituição Federal, embora autoaplicável e gerador da suspensão automática dos direitos políticos, deve ser interpretado de modo a conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais, razão pela qual, à luz da regra hermenêutica *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*, o âmbito de aplicação da restrição de direitos fundamentais deve ser mínimo, apenas quando a pena aplicada se revelar incompatível com o exercício destes direitos;

(iii) Para a terceira corrente, consubstanciada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, tendo em vista interpretação sistemática da Lei Maior, o art. 15, inciso III, não seria autoaplicável, demandando regulamentação legal para sua aplicação.

Este quadro de qualificada dissidência interpretativa, por si só, afasta, a meu ver – *data maxima venia* dos que compreendem de modo contrário –, a percepção de que se cuida de caso a envolver mera aplicação literal de norma constitucional. Trata-se de verdadeiro *hard case*, a ser solucionado por esta Corte à luz das regras hermenêuticas que balizam a interpretação dos direitos fundamentais e de suas limitações, em observância ao espírito da Constituição e das leis.

Partindo da noção já consagrada que confere ao art. 15 natureza de norma autoaplicável, tal concepção não se mostra incompatível com a existência de um espaço de conformação conferido ao legislador infraconstitucional, ao qual deve ser autorizado o poder de, interpretando a Constituição, delimitar o âmbito de incidência fática da suspensão dos direitos políticos, desde que não aniquile o núcleo essencial da referida norma, que se guia por ditames éticos para manter a lisura do jogo democrático.

O espaço de conformação conferido ao legislador infraconstitucional decorre da própria estrutura normativa da Constituição, razão pela qual não importa em violação do princípio hermenêutico – que já se tornou verdadeiro brocardo jurídico –, segundo o qual não se deve proceder à interpretação da Constituição à luz das leis, mas sim à interpretação das leis à luz da Constituição.

Sobre o tema, importante recuperar a lição de Kelsen, em sua teoria sobre o primado da Constituição sobre as leis, ainda nos albores do século XX, no que consignou, *in verbis*: “Enquanto cabe à Constituição o pesado encargo de regular o procedimento da criação das leis, seu conteúdo, porém, só é determinado em muito pequena medida, sendo tarefa da legislação, do mesmo modo, a produção e a determinação do conteúdo dos atos judiciais e administrativos”. Deste modo, “a Constituição transfere, em princípio, a produção de normas jurídicas gerais, basicamente, a um Parlamento eleito pelo povo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 134 e 143/144).

Sob este prisma, é importante que seja levado em consideração o papel do legislador democraticamente eleito na definição dos *standards* gerais e abstratos a balizarem a atuação jurisdicional na atividade interpretativa e na aplicação das leis à luz da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como leciona Sarmento, “*esta ponderação, num Estado que ‘leva a sério’ a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador*” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 302).

Importa, ainda, recuperar a ponderosa lição de José Afonso da Silva acerca do conceito de “normas de eficácia contida”, que são “aquelas em que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.

À luz destes balizamentos teóricos, forçoso é concluir que a legislação poderá estabelecer requisitos específicos para a decretação da perda ou suspensão dos direitos políticos, os quais deverão ser observados pelo Judiciário.

A meu sentir, este dever foi cumprido pelo legislador, com a vênia dos respeitáveis entendimentos em contrário.

Com efeito, entendo que a Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90), ao estabelecer o mínimo ético do jogo eleitoral, delimitou, no art. 1º, inciso I, alínea e e §4º, o âmbito de incidência da suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, especificando, em rol *numerus clausus*, os crimes capazes de gerar inelegibilidade, bem como excluindo alguns delitos deste rol – como os crimes culposos, os de menor potencial ofensivo e os crimes de ação penal privada.

Embora a LC nº 64/90 cuide, apenas, das hipóteses de inelegibilidade – correspondente à cidadania passiva –, inexistente empecilho a que se compreenda que a suspensão dos direitos políticos deve observar seus balizamentos.

A suspensão do *jus suffragii* (direito de votar, cidadania ativa), por esta interpretação, só poderá se dar nas hipóteses de condenações pelos crimes previstos na referida norma. Evidentemente, tendo em vista a norma constitucional e a ausência, no que tange à cidadania ativa, de outra norma específica a regulamentar o marco inicial e o prazo da suspensão do direito de voto (*jus suffragii*), esta somente se produz com o trânsito em julgado da condenação e pelo tempo que durarem seus efeitos.

Esta é a interpretação que, a meu sentir, melhor parece atender, também, ao espírito da Constituição Cidadã.

Como ressei evidente do art. 15, III, da CRFB, a norma estabeleceu a plena fruição dos direitos políticos como regra geral, concebendo como excepcionais as hipóteses de suspensão destes direitos fundamentais (*in casu*, direitos políticos).

Sendo a inviolabilidade dos direitos políticos a regra, deve-se interpretar restritivamente suas exceções – a exemplo da suspensão destes direitos, por força de sentença condenatória transitada em julgado –, à luz dos balizamentos traçados na legislação infraconstitucional - LC nº 64/90.

Consectariamente, concluo que nosso ordenamento jurídico somente autoriza a suspensão de direitos políticos nas hipóteses de condenação criminal pelos crimes previstos na LC nº 64/90, *excluindo-se, expressamente, do âmbito de incidência do art. 15, III, da CRFB, os crimes culposos, os de menor potencial ofensivo e os crimes de ação penal privada.*

Por outro lado, e voltando o olhar para o caso concreto – que envolve aplicação de pena restritiva de direitos, em substituição à privativa de liberdade –, constato que a legislação infraconstitucional não distinguiu as causas de inelegibilidade com fundamento na natureza da sanção penal aplicada, mas tão somente na natureza do delito.

Por conseguinte, ainda que tenha sido aplicada pena restritiva de direitos ou *sursis*, basta, para a suspensão dos direitos políticos, que a condenação pelos crimes previstos no art. 1º, I, e, c/c §4º, da LC nº 64/90, condenação esta que gerará a suspensão tanto do *jus suffragii* – a partir do trânsito em julgado e enquanto durarem os efeitos da condenação (art. 15, III, da CRFB) –, quanto da elegibilidade – a partir da condenação em segundo grau e até o transcurso do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena (art. 1º, e, da LC nº 64/90).

In casu, trata-se de condenação pela prática de crime contra a fé pública (uso de documento falso), razão pela qual *devem ser suspensos os direitos políticos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea e, da LC nº 64/90, c/c artigo 15, III, da Constituição Federal.*

Ex positis, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público e proponho a fixação da seguinte tese:

A SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS PREVISTA NO ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REVELA NATUREZA DE NORMA AUTOAPLICÁVEL, DE “EFICÁCIA CONTIDA”, CUJA EXTENSÃO FOI REGULAMENTADA PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL, NOS TERMOS DA LC 64/90, ART. 1º, I, E, C/C §4º, SOMENTE SE OPERANDO A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS (ELEGIBILIDADE, DIREITO DE VOTO E OUTROS) NOS CRIMES ALI PREVISTOS.

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Presidente, em primeiro lugar, também elogio o sempre percuciente voto do Ministro Marco Aurélio, que não apenas

dá respostas, mas as dá para perguntas que estão no processo, que ele faz questão de suscitar de maneira extremamente fácil para que as partes entendam o que é, realmente, um ganho da jurisdição constitucional prestada.

Mas peço vênia a Sua Excelência, para acompanhar a divergência, como tenho votado em outras ocasiões e decidido em outros casos. Acompanho o que tinha sido a decisão deste Plenário do Supremo Tribunal Federal, nas muitas vezes, repetida tese que, afinal, prevaleceu no Recurso Extraordinário 179.502, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em 8 de setembro de 1995, no qual se cuidou, exatamente, dessa questão referente ao inciso III do art. 15, a partir da interpretação do *caput*.

O Ministro Moreira Alves, então, afirmava, precisamente, que não seria plausível supor que apenas o fato de o recolhimento à prisão do condenado, e não o juízo de reprovabilidade expresso na condenação, tem o condão de justificar aquilo que se conteve na norma, disposta de maneira expressa, na Constituição.

Nesse sentido, portanto, o Ministro Alexandre de Moraes, inaugurando a divergência, enfatizou a primeira resposta dada à questão erigida por Sua Excelência – e também já no voto do Ministro Marco Aurélio – sobre a autoaplicabilidade do inciso III do art. 15, se, posteriormente, seria a todo e qualquer crime, desde que houvesse este consectário.

Nesse sentido, como disse, respeitando as opiniões diferentes e, em especial, o muito bem-posto e muito instigante voto do Ministro Marco Aurélio, não me animo, ainda, a fazer a mudança e permaneço no sentido de prover o recurso do Ministério Público neste caso.

08/05/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Eminentes pares, “[os] direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado”¹⁹.

A perda definitiva ou a suspensão temporária desses direitos políticos só se mostra viável, em nosso ordenamento jurídico, nas hipóteses taxativamente arroladas no art. 15 da Constituição da República. Quer dizer, apenas em situações excepcionais, descritas pelo legislador constituinte originário em *numerus clausus*, é que a Carta Magna admite que um cidadão seja privado, de forma permanente ou transitória, de um de seus mais importantes direitos fundamentais, qual seja, o direito de votar ou de ser votado para o exercício de determinado mandato eletivo.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; *Curso de direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 693.

A norma constitucional do referido art. 15, III, da Constituição Federal foi assim redigida pelo legislador originário:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

O conteúdo desse dispositivo não configura novidade no constitucionalismo brasileiro.

De fato, tal consequência foi prevista originalmente no art. 8º da Constituição de 1824, que, no entanto, impunha essa sanção adicional somente aos condenados às penas de prisão ou de degredo.

As Constituições posteriores não fizeram qualquer distinção entre os diversos tipos de pena que poderiam gerar tal efeito, bastando que se impusesse a alguém uma condenação criminal, qualquer que fosse a sua natureza, para acarretar a suspensão dos direitos políticos.

Pontes de Miranda, analisando dispositivo semelhante previsto na Carta de 1946, já consignava que “[a] condenação criminal suspende, qualquer que ela seja, enquanto eficaz a sentença, os direitos políticos. Não só se a pena é restritiva da liberdade”²⁰.

Todas elas, porém, sem reserva, exigiam o trânsito em julgado da sentença condenatória, tal como o faz o texto constitucional vigente.

Nessa ótica, é de se constatar que o constituinte originário de 1988 também não fez qualquer exceção ou distinção: em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença.

Quanto a essa questão, o Ministro Alexandre de Moraes registra doutrinariamente que:

[o] disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, ao referir-se ao termo “condenação criminal transitada em julgado”, não distingue quanto ao tipo de infração penal cometida, abrangendo não só aquelas decorrentes de contravenção penal, independentemente da aplicação de pena privativa de liberdade [...]”²¹.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. vol. IV. p. 209.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 259.

Na esteira desse remansoso entendimento, indico, por oportuno, as ementas dos seguintes julgados de órgãos colegiados deste Supremo Tribunal:

Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. *Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena.* Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179.502, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, grifei.)

CONSTITUCIONAL. DIREITOS POLÍTICOS. SUSPENSÃO EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSEQUÊNCIA QUE INDEPENDE DA NATUREZA DA SANÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. I – *A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos.* II – No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação. III – Agravo regimental improvido. (RE 577.012-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, grifei.)

Como visto, a determinação constante do inc. III do art. 15 da Carta Magna constitui preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a penas privativas de liberdade de condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou danoso.

Ressalte-se, ainda, não haver dúvida a respeito da autoaplicabilidade desse dispositivo constitucional, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Esta Suprema Corte, inclusive, já decidiu em tal sentido.

No paradigmático julgamento do RE 179.502/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, cuja ementa foi acima transcrita, este Plenário firmou entendimento no sentido da automaticidade dos efeitos da condenação penal em face do art. 15, III, da Carta Magna, mesmo nos casos de suspensão condicional da pena (*sursis*).

Muito bem. Feitos esses registros doutrinários e jurisprudenciais, passo a análise do caso concreto.

A ementa do julgado recorrido é a seguinte:

APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – AGENTE QUE ADQUIRIU CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO FALSA – ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA – DOLO DO TIPO – DELITO CARACTERIZADO – SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – INCOMPATIBILIDADE AFASTADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. O dolo, no delito do art. 304 do CP, é genérico, e consiste na vontade deliberada de usar o documento com a consciência de sua falsidade. No uso de documento falso, o que exclui o dolo é a total ignorância da falsidade, não sendo este o caso dos autos, em que o réu viajou de um Estado a outro para adquirir a carteira, sequer adentrando o DETRAN local e nem feito quaisquer exames. *“Tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao increpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direito, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente o inviabilizem”.* (Grifei.)

Conforme se verifica, o *decisum* combatido está em dissonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, pois, como visto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos, ressaltada a autoaplicabilidade do dispositivo de regência.

Isso posto, dou provimento ao presente recurso.

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário com fundamento no art. 102, 111, *a*, da Constituição Federal, envolvendo discussão acerca da suspensão dos direitos políticos de condenado a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar a apelação defensiva, acolheu parcialmente o recurso para revogar a suspensão dos direitos políticos, mantendo, quanto ao mais, a sentença que condenou Frederico Adão Filho a pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática do delito previsto no art. 304 do Código Penal.

Na ementa constou que, “tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao increpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direitos, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente os inviabilizem”.

O Ministério Público estadual interpôs este recurso extraordinário, alegando afronta ao art. 15, III, CF, “os partidários dessa inexistente incompatibilidade partem de raciocínios equivocados acerca dos dois institutos, pois a substituição da pena nada mais é do que uma forma de execução desta, não tendo o condão de descaracterizar o decreto condenatório”. Afirma que “a suspensão dos direitos políticos pressupõe, exclusivamente, a existência de condenação transitada em julgado, sendo, além de espécie de pena prevista na Carta Magna, também um efeito da condenação”.

A repercussão geral foi reconhecida em 3.3.2011, nos seguintes termos: “Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”.

Nos termos da Constituição Federal:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja *perda ou suspensão só se dará nos casos de:*

I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II – incapacidade civil absoluta;

III – *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa nos termos do art. 37, §4º.

Pode-se argumentar que a suspensão dos direitos políticos teria justificativa em razão da restrição à liberdade imposta ao condenado em caso de prisão, que impediria o exercício dos referidos direitos. Assim, em hipótese de substituição por penas restritivas de direitos, a manutenção da liberdade do condenado não impossibilitaria o exercício dos direitos políticos.

A conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos é uma medida alternativa, com o objetivo de evitar o emprisionamento em casos de delitos de menor gravidade com penas menos gravosas. Contudo, não se altera a natureza penal da sentença condenatória, mantendo seus efeitos, como aqueles previstos no art. 92 do Código Penal.

Há *precedente pertinente do Plenário deste Supremo Tribunal Federal*, em que se manteve a suspensão dos direitos políticos no caso de suspensão condicional da pena, instituto alternativo semelhante à conversão em PRD:

Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. *Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena.* Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179.502, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 8.9.1995)

Além disso, em decisão monocrática, o Min. Ricardo Lewandowski deu provimento a RE para cassar decisão do TJMG que decidiu não haver suspensão de direitos políticos do condenado quando a pena privativa de liberdade for substituída por restritiva de direitos, afirmando que “o fato de a pena restritiva de liberdade imposta ao recorrido ter sido substituída por pena restritiva de direitos não lhe retira os efeitos” (RE 603.604, Rel. Min Ricardo Lewandowski, DJe 18.2.2010).

Assim também a Min. Carmén Lúcia, em decisão monocrática assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PENAL. ART. 15, *CAPUT* E INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS COMO EFEITO AUTOMÁTICO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. IRRELEVÂNCIA DA INEXISTÊNCIA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. (RE 601.141, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJe 19.3.2010)

Diante do exposto, divirjo do eminente Relator para *dar provimento* ao recurso extraordinário, *determinar a aplicação do art. 15, caput e inc. III, da Constituição da República*, e impor a suspensão dos direitos políticos ao recorrido, condenado criminalmente por decisão transitada em julgado.

É como voto.

08/05/2019
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

DEBATE

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Presidente, a minha sugestão de tese é:

A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável, sendo consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, só uma observação. Independentemente da natureza da pena imposta, estou de acordo, porque, se há uma pena, há uma condenação criminal e, a *fortiori*, transitada em julgado. Mas seria talvez muito importante nós vencermos esse paradoxo que aqui mencionou o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mesmo no caso de imposição apenas da pena de multa, ter-se-á a suspensão dos direitos políticos?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Essa questão é importante e sempre foi levantada em todos os outros casos, porque basta pagar a pena de multa que se extingue a punibilidade. Então, não haverá suspensão dos direitos políticos. Na verdade, é uma discussão juridicamente importante, mas, na prática, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Uma coerção política. Hoje a pena de multa, não cumprida, transforma-se em dívida ativa da Fazenda.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Presidente, eu só fiz essa observação porque, sobre essa regra fixada - eu estou de acordo com a tese do Ministro Alexandre –, gostaria de sopesar a razoabilidade da consequência dessa tese.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Ministro Fux, permite um aparte? Na verdade, foi essa a tese vencedora. Vossa Excelência restringiu para alguns crimes, mas a maioria não restringiu para nenhum crime.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Isso é o que eu quero saber, se a maioria opinou, não opinou, isso fica só na parte do meu voto? Porque, com essa conclusão, por exemplo, não se vence o paradoxo que o Ministro Marco Aurélio citou: uma pessoa que comete lesão corporal na direção de um veículo tem os direitos políticos suspensos. Isso não é razoável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Surge, inclusive, aquela incoerência que ressaltai de se ter deputado federal recolhido à Papuda, saindo durante o dia para exercer o mandato. Direitos políticos suspensos?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Ministro Fux, então, vou só reafirmar como foi o meu voto, que entendi que a maioria havia seguido. O art.

15, III, é autoaplicável; o art. 15, III, é consequência da sentença penal condenatória, independentemente do crime e independentemente da sanção imposta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Independentemente do crime?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Foi essa a minha argumentação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Nessa parte, Senhor Presidente, estou de acordo que ela é autoaplicável, que foi a corrente vencedora desse acórdão, inclusive do Ministro Moreira Alves, que é um paradigma.

Agora, efetivamente, aplicar a suspensão dos direitos políticos, como, por exemplo, a um atropelamento involuntário ou a algum outro delito de menor potencial ofensivo, é uma solução judicial, no meu modo de ver, muito desproporcional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O pressuposto do artigo 44 do Código Penal é a ocorrência de delito menos grave. Daí ter-se a substituição. O título se completa. Mas haverá, então, a pena acessória, suspensão implícita, suspensão dos direitos políticos. O sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, eu não li o artigo. Eu estava concordando com a tese, em si, da divergência. Mas, veja, olha o que a “Lei da Ficha Limpa” estabelece como supressão dos direitos políticos: crimes contra a economia popular e a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais – crimes eleitorais; lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, abuso de autoridade; tráfico de entorpecentes, tortura, redução à condição análoga à de escravo – às vezes esses políticos têm fazendas, colocam os empregados na condição análoga à de escravo; crimes cometidos contra a vida e a dignidade sexual; e praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

Esses são crimes graves que justificam a perda dos direitos políticos. Agora, qualquer crime, por amor à tese abstrata?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, eu só queria fazer uma pequena observação. Sei que fiquei vencida junto com o Ministro Marco Aurélio. Mas uma discussão que reiteradamente volta à Primeira Turma diz com os chamados crimes de bagatela. São valores ínfimos, e nem todos – até quando há uma hipótese de reincidência – reconhecem a atipicidade material, como eu reconheço, no caso destes crimes. E aí fico pensando, todos esses crimes vão importar em suspensão de direitos políticos? Com todo o respeito, parece que não é extremamente razoável. Peço toda a vênia, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Na verdade, com todo respeito às posições diversas, essa é a dicção constitucional e sempre foi.

Agora, Ministro Fux, a questão da “Lei da Ficha Limpa” é hipótese diversa da presente causa. A questão da “Lei da Ficha Limpa” exige crimes mais graves, porque a partir da condenação em segundo grau já se torna inelegível, não aguarda trânsito em julgado. Ou seja, dá um passo atrás, para ser mais rigoroso, e já há essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas uma maioria escassa admitiu a execução provisória. Quem sabe também quanto à suspensão dos direitos políticos?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Poderá ser uma nova repercussão geral a ser analisada.

Agora, a questão do crime, como coloquei, se o ato de improbidade transitado em julgado já suspende, então, ainda mais o crime.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Presidente, depois de ouvir o Ministro Fux, eu me sensibilizo pelos argumentos de Sua Excelência. Quer dizer, numa pena de multa – e agora agregando o argumento do Ministro Marco Aurélio –, penso que as consequências devam ser sopesadas, porque a suspensão dos direitos políticos é uma pena gravíssima.

Agora, ousaria sugerir ao egrégio Plenário desta Corte, que nós estamos em sede RE e estamos julgando um caso específico, um caso muito...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – É repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mas mesmo sendo repercussão geral, talvez nós possamos ser um pouco mais restritivos nessa tese, porque aqui na questão, e estou vendo pelo acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ocorreu o seguinte: o réu foi condenado por ter sido abordado pela Polícia Rodoviária portando uma CNH falsa; foi condenado – o crime é grave, utilização ou a falsificação de documento público – a uma pena privativa de 2 anos de reclusão em regime prisional aberto; portanto, foi condenado à pena de prisão privativa de liberdade e ao pagamento de multa.

Mas essa pena corporal foi substituída por duas restritivas de direito. A primeira, consistente em presunção de serviço à comunidade, pelo prazo da condenação, à entidade pública ou assistencial a ser definida pelo Juízo da Execução. E a segunda, ao pagamento de dez dias-multa no patamar mínimo para o dia-multa. Eu penso que nós estamos diante de um caso muito específico, que houve um crime relativamente grave, mas as demais questões suscitadas pelo Ministro Fux talvez pudessem ser abordadas em momento oportuno. Quem sabe, possamos ser mais contidos na tese.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Ministro Alexandre de Moraes, Vossa Excelência me permite? A repercussão geral foi, em meu modo de ver, mais cirúrgica na linha do que o Ministro Ricardo Lewandowski vem a ponderar. O mote foi especificamente sobre a substituição de uma pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. De modo que, se Vossa Excelência me permitisse, eu, eventualmente, sugeriria, à luz do voto de Vossa Excelência e da corrente majoritária, a tese segundo a qual a substituição de pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não elide a suspensão de direitos políticos versadas no inciso III do art. 15 da Constituição Federal. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Ministro Fachin, eu entendo a colocação, mas nós vamos acabar gerando mais dúvidas do que certezas.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas é que a repercussão geral foi sobre isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Não, a repercussão geral foi que somente se aplica em pena privativa de liberdade. O caso concreto era relacionado à substituição. Nós vamos poder gerar uma dúvida: “Ah, e no *sursis*?”. Vamos ter que aguardar uma nova repercussão geral, quando há um posicionamento já pacificado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vejo que Vossa Excelência quer resolver todos os problemas do Brasil!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Se fosse possível, eu gostaria, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Só que não está mais no Executivo, está no Supremo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – Aqui seria o Legislativo, não é nem o Executivo.

Então, a questão é exatamente esta: só em pena privativa de liberdade poder-se-ia aplicar. Da tribuna, o Vice-Procurador-Geral levantou inclusive mais adiante ainda, ele disse: “Não, só pode se houver lei, não é autoaplicável”. Entendo que poderia gerar mais dúvida.

Da forma como está, também não está falando quais os crimes, se é essa a questão, fala que a regra de suspensão é autoaplicável, com sequência imediata, independentemente da natureza da pena imposta. Porque há hipóteses, é até bom colocar: multa, não há crime só apenado com multa, sabemos. A diferença entre crime e contravenção é exatamente essa, só as contravenções podem ter somente pena de multa. Então, aqui seria sempre o caso de pena privativa de liberdade e multa. E a pena privativa de liberdade seria eventualmente substituída. Mas a maioria é que define. Se quisermos colocar só a autoaplicabilidade e a consequência imediata, independentemente de tratar-se de pena restritiva de direitos, então poderíamos, se todos concordarem, incorporar a sugestão do Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Estou tentando encontrar uma zona de interseção.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Veja: a regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal é autoaplicável, sendo consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente de se tratar de pena restritiva de direitos. Fica mais específica a pena restritiva de direitos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Como Vossa Excelência sugeriu, Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não elide a suspensão de direitos políticos versada no art. 15, III, da Constituição Federal.

A repercussão geral foi sobre isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, com a devida vênia, nós, aqui, no recurso extraordinário com repercussão geral, dividimos, num capítulo, a parte subjetiva e, no outro, a parte objetiva. A parte da objetivação do recurso extraordinário é que gera uma tese aplicável aos demais casos. E, no julgamento do recurso específico, dá-se provimento ou nega-se provimento.

Eu entendo que, neste caso, impõe-se uma postura minimalista para não se cometer, até mesmo, contradições com o sistema. Por exemplo – Vossa Excelência bem se lembra disso –, a “Lei da Ficha Limpa” exclui os crimes culposos à inelegibilidade. Como é que nós vamos fixar uma tese genérica? Esse é o problema. Tem-se que votar as teses.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Tendo em vista que o horário regimental para o início do intervalo é 16 horas, proponho a suspensão da sessão. Após o intervalo, retomaremos a fixação da tese, dentro do prazo regimental.

08/05/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

PROPOSTA

(SOBRE TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, a tese, então:

A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

08/05/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, inclusive trouxe, no voto, tese diametralmente oposta. Coerente, voto vencido na aprovação da tese.

08/05/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182 / MINAS GERAIS

**VOTO S/ PROPOSTA
(SOBRE TESE EM REPERCUSSÃO GERAL)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, reflete a posição majoritária do Plenário, por isso eu não tenho nada a opor.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 601.182

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S): FREDERICO ADÃO FILHO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(00000/DF)**

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

INTDO.(A/S): DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Antônio Sérgio Tonet, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais; pelo recorrido, o Dr. Flávio Aurélio Wandeck Filho, Defensor Público do Estado de Minas Gerais; pela interessada Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pela interessada Defensoria Pública do Estado da Bahia, o Dr. Rafson Saraiva Ximenes, Defensor Público-Geral do Estado da Bahia; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 08.05.2019.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 370 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Rosa Weber. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, inc. III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participou da fixação da tese o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 08.05.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Jurisprudência Cível

• • •

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

06/03/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S): ABRIL COMUNICAÇÕES S/A

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA

ADV.(A/S): JOÃO FRANCISCO NETO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): SOFIA CERQUEIRA

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. AFRONTA AO JULGADO NA ADPF 130. PROCEDÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial.

2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões.

3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades.

4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação.

5. Reclamação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em julgar procedente o pedido formulado na inicial da reclamação, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes.

Brasília, 6 de março de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

19/04/2016

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S): ABRIL COMUNICAÇÕES S/A

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA

ADV.(A/S): JOÃO FRANCISCO NETO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): SOFIA CERQUEIRA

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, contra decisão proferida em 26.05.2015, pela 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, que determinou que a parte reclamante retirasse, de seu sítio eletrônico, matéria referente ao reclamado, publicada em 05.06.2013, por entender que restou indubitosa a ofensa à sua honra e à sua dignidade. Extraio aqui o inteiro teor da decisão reclamada:

Restando indubitosa a ofensa à honra e dignidade do autor, pela publicação de matéria no site da Revista Veja Rio intitulada “Um bicão na alta-roda”, que extrapolou os limites do direito de informação, com fulcro nas normas dos artigos 5º, X, da C.F. e 20 do Código Civil, defiro a antecipação para determinar à 2ª ré que retire de seu sítio eletrônico tal matéria, disponível no endereço indicado na inicial, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. Intime-se e cite-se. (*sic*)

2. Interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Com efeito, o art. 220, da CF 88, assegura o direito à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação sob qualquer forma, processo ou veículo, não podendo sofrer qualquer restrição.

Tal dispositivo constitucional preordena a liberdade de expressão e o direito de informar, direitos que devem preceder o direito à honra, ressalvado o ressarcimento do ofendido no caso de excesso. Aliás, conforme entendimento pacífico no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal, apesar de incabível a censura prévia dos meios de comunicação, é assegurada a apreciação do conteúdo de matéria jornalística pelo Poder Judiciário, principalmente quando, como na espécie, se analisa violação ao direito de personalidade de pessoa envolvida na notícia.

Nesse sentido, a decisão proferida em 30/04/2009 no célebre julgamento da ADPF 130/DF, que tratava da Lei de Imprensa. Confira-se:

(...)

Assim, a liberdade de imprensa há de ser assegurada, arcando o autor da matéria com as consequências do excesso porventura praticado.

No caso concreto, não resta dúvida de que a matéria jornalística publicada é de responsabilidade da agravante e que, embora tivesse o consentimento do agravado, extrapolou o exercício do direito de informação. (*sic*)

In casu, houve por bem a magistrada *a quo* conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

Como se sabe, para a concessão da tutela antecipada é necessária prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em que pese as alegações da agravada de que a matéria jornalística não faz menção depreciativa ao agravado, verifica-se que o próprio título da matéria, “Um bicão na alta roda”, desmente tal afirmação.

Por fim, não se pode questionar a ausência de *periculum in mora*, uma vez que a permanência da matéria jornalística em sítio da internet, qualquer que seja a data de sua publicação, faz permanecer viva a ofensa à imagem e honra, gerando constrangimentos, protraindo-se no tempo os seus efeitos, sendo inequívoco o justo receio de dano irreparável.

3. A reclamante alega, em síntese, que teria sido violada a autoridade do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130 (Rel. Min. Ayres Britto), que declarou a não recepção da “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição de 1988. Afirma que a decisão reclamada “*consiste na ratificação de odiosa censura e na tentativa de restringir o direito de liberdade de imprensa, bem como a garantia da sociedade de ter acesso a informações e a manifestar o seu pensamento*”.

4. Sustenta que a matéria jornalística *sub judice* é “*absolutamente narrativa e com texto pertinente, foi pautada em entrevista concedida pelo próprio autor da ação, atribuindo-lhe diversos termos elogiosos*” e que o autor, “*inclusive, posou para registro fotográfico a ilustrar o material agora questionado*”. Entende ainda que “[o] material jornalístico não constitui violação ou qualquer espécie de excesso”.

5. Por fim, a reclamante defende que a única reação possível às lesões aos direitos de personalidade é o ressarcimento civil, por estar assegurado “*o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CRFB/88, art. 5º, inc. X)*”.

6. A parte autora dos autos de origem pleiteou seu ingresso como interessada. Aduz que o Direito brasileiro impõe limitações e restrições à divulgação de atos inerentes à vida privada e que na matéria jornalística em questão foi usado um tom pejorativo em relação à sua pessoa. Defende o descabimento da reclamação, porquanto o pedido de retirada da matéria da página eletrônica da reclamante estaria fundado no art. 20 do Código Civil, e não na Lei de Imprensa. Acrescenta não ser o caso de censura prévia, mas “*controle judicial de uma reportagem prenhe de aleives e epítetos ultrajantes*”. Faz a distinção

do precedente na Rcl 18.638, salientando que, no presente caso, a matéria impugnada foi publicada e circulou na forma escrita, de modo que o feito de origem diz respeito apenas à permanência do conteúdo supostamente danoso na *internet*. Distingue o caso concreto, ainda, da Rcl 18.186, na qual haveria nítido interesse público na reportagem, e da Rcl 16.074, que dava notícia de um “*fato concreto*”. Repisa que “*a matéria é antiga e seus leitores são justamente aqueles que procuram o nome de Pierre Thomé de Souza no google*”. Pedes, por fim, a manutenção das decisões de origem.

7. Em 20.11.2015, deferi a medida liminar.

8. As informações foram prestadas pelas autoridades reclamadas.

9. A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do pedido. Afirmou a inexistência de aderência estrita com o paradigma invocado, porquanto a decisão reclamada “*cingiu-se a reconhecer que a matéria jornalística, publicada em junho de 2013, teria exaurido o seu papel de informação, não sendo razoável a manutenção da divulgação no sítio eletrônico da empresa reclamante*”, passando, assim, ao largo dos preceitos pertinentes à liberdade de imprensa e expressão e direito à informação.

10. É o relatório.

19/04/2016

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

**I – CABIMENTO DO PEDIDO: APLICAÇÃO EXCEPCIONAL
DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**

1. De início, observo que o pedido impugna decisões publicadas antes de 18.03.2016, de modo que segue as regras de admissibilidade pertinentes ao regime da Lei nº 8.038/90, e não do Novo CPC. Naquela sistemática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, ao menos no que tange ao uso de tese para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional. Como regra geral, limitou-se a eficácia vinculante das decisões à parte dispositiva da decisão, tal qual nos processos subjetivos. É dizer, a vinculação do precedente atingia apenas a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma infraconstitucional.

2. Nada obstante, essa linha restritiva tem sido excepcionada justamente quando estiverem em questão temas afetos à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa. Nesses casos, inúmeras decisões do STF têm admitido reclamações e deferido liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte a tais direitos, mesmo

quando a decisão reclamada não se baseia no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada. Nesse sentido: Rcls 18.638-MC e Rcl 18.687-DF, de minha relatoria; Rcls 18.735 e Rcl 18.746-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 18.566-MC, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 18.290, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 16.434-MC, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, decisão proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência; Rcl 18.186-MC, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, decisão proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência; Rcl 11.292-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

3. Essas decisões são indicativas da relevância da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa para o sistema constitucional, na medida em que constituem pré-condições para o exercício de outros direitos e liberdades, bem como para o adequado funcionamento do processo democrático. Não é difícil explicar a razão. A liberdade de expressão ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral. Não sem sobressalto, assiste-se à rotineira providência de juízes e tribunais no sentido de proibirem ou suspenderem a divulgação de notícias e opiniões, num “ativismo antiliberal”¹ que precisa ser contido.

4. Por considerar que uma vez mais se está diante de situação de sacrifício ilegítimo da liberdade de expressão, conheço da reclamação.

II. MÉRITO

5. Seguirei os mesmos fundamentos que adotei para deferir o pedido liminar.

6. Com efeito, o debate acerca dos potenciais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é conhecido na doutrina constitucional, e a ele já dediquei um estudo². Nada obstante, não convém a uma decisão liminar empreender uma longa elaboração teórica, de modo que passo a expor, de forma breve e simplificada, as premissas do meu raciocínio, várias das quais hoje constituem o conhecimento convencional na matéria. Aqui utilizo o termo “liberdade de expressão” em sentido amplo, abrangendo a liberdade de informação e também a liberdade de imprensa.

7. A liberdade de expressão no Brasil viveu uma história acidentada. Apesar de prevista expressamente em todas as Constituições, desde 1824, ela é marcada pelo desencontro entre o discurso oficial e o comportamento do Poder Público, pela distância entre intenção e gesto. Em nome da religião, da segurança pública, do anticomunismo, da moral, da família, dos bons costumes e outros pretextos, a história brasileira na matéria tem sido assinalada pela intolerância, pela perseguição e pelo cerceamento da liberdade. Entre nós, como em quase todo o mundo, a censura oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

8. Para registrar apenas a experiência brasileira mais recente, ao longo do regime militar:

¹ A expressão foi utilizada por Daniel Sarmiento, em “Constituição e sociedade: reclamação e liberdade de expressão”, Jota, 3 dez. 2014.

² Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in *Temas de direito constitucional*, tomo III, 2005, p. 79-129.

- a) na imprensa escrita, os jornais eram submetidos a censura prévia e, diante dos cortes dos censores, viam-se na contingência de deixar espaços em branco ou de publicar poesias e receitas de bolo;
- b) no cinema, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas que perseguiram seios e órgãos genitais, transformando drama em comédia (e.g., “A Laranja Mecânica”);
- c) nas artes, o Balé Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista;
- d) na música, havia artistas malditos, que não podiam gravar nem aparecer na TV; e outros que só conseguiam aprovar suas músicas no Departamento de Censura mediante pseudônimo;
- e) na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente tiveram sua exibição vetada, em alguns casos com muitos capítulos gravados, como ocorreu com a novela Roque Santeiro;
- f) o ápice do obscurantismo foi a proibição de divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do Brasil Grande.

9. Como o passado condenava, a Constituição de 1988 foi obsessiva na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação, aí incluídas a liberdade de informação, de imprensa e de manifestação do pensamento em geral: intelectual, artístico, científico etc. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 5º, IV, IX e XIV, bem como art. 220, §§ 1º e 2º, da Constituição:

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

10. Como se constata dos dispositivos referidos, a Constituição proíbe, expressamente, a censura – isto é, a possibilidade de o Estado interferir no conteúdo da manifestação do pensamento – e a licença prévia, bem como protege o sigilo da fonte.

11. A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão.

12. Este lugar privilegiado que a liberdade de expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais: (i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático; (ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; (iii) a busca da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; (iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente, (v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

13. Não obstante, a mera preferência da liberdade de expressão (ao invés de sua prevalência) decorre do fato de que nenhum direito constitucional é absoluto, tendo em vista que a própria Constituição impõe alguns limites ou algumas qualificações à liberdade de expressão, como por exemplo:

a) vedação do anonimato (art. 5º, IV);

b) direito de resposta (art. 5º, V);

- c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, §4º);
- d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e
- e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

14. Isso nos conduz ao tema dos direitos da personalidade e sua ponderação com os direitos ligados à liberdade de expressão.

15. “Direitos da personalidade” é uma expressão de uso relativamente recente no direito brasileiro, tendo sido desenvolvida pela doutrina contemporânea até ingressar no Código Civil, que abriu para o tema um capítulo específico, logo no Título I. É possível conceituar os direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, como a versão privada dos direitos fundamentais, e sua aplicação às relações com outros indivíduos como regra geral.

16. Os direitos da personalidade costumam ser divididos pela doutrina civilista em dois grandes grupos: (i) direitos à integridade física, que englobam o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica sob a qual se abrigam, entre outros, os já mencionados direitos à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor.

17. Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. Vale dizer: entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer.

18. Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

19. No estudo acima referido, defendi a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao menos uma boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida pelo STF ao julgar a ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, no acórdão ora invocado como paradigma.

20. Passa-se, então, à aplicação das variáveis acima apontadas às circunstâncias do caso concreto.

21. O elemento (i) – veracidade do fato – justifica-se porque a informação que goza de proteção constitucional é a verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.

22. De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas pela mídia. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos.

23. Nessa perspectiva, entendo que a matéria em exame atende ao requisito da veracidade. Não se trata de divulgação deliberada de informação que se sabe falsa, mas sim de informações plausíveis, obtidas, em boa parte, através de entrevista realizada com o autor da ação, que corre no TJ/RJ, e de informações obtidas junto a pessoas que com ele travaram relações, ainda que pontuais.

24. A propósito do critério (ii) – *licitude do meio empregado na obtenção da informação* –, ressalte-se que o conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se o jornalista ou alguém empreitado pelo veículo de comunicação realizou, por exemplo, uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação, em princípio, não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.

26. No presente caso, conforme já mencionado, grande parte das informações contidas na matéria foi obtida em entrevista realizada com o autor da ação em curso no TJ/RJ (meio lícito), fato incontroverso naqueles autos. O que se questiona é o enfoque dado aos fatos pela parte reclamante, e não o meio através dos quais foram obtidas as informações da reportagem. Porém, a liberdade de expressão inclui, naturalmente, o direito de formar uma opinião crítica a respeito dos fatos divulgados.

27. *A natureza pública da personalidade objeto da notícia* – parâmetro (iii) – não é objeto de controvérsia nos autos. Embora não se trate de pessoa que ocupa cargo público, a própria parte autora da ação originária, em sua petição inicial, alega se tratar de pessoa de expressiva participação pública, como se observa em diversas passagens, entre as quais destacam-se as seguintes:

[a repórter] aproximou-se do entrevistado, conquistando-lhe a confiança (...) para, ao fim e ao cabo, trazer à tona texto prenhe de adjetivações impróprias e inoportunas, com o único propósito de agredir sua imagem perante milhares de pessoas.

(...)

[O] autor exerceu seus misteres nos bastidores da cena artística, esportiva, cultural, política e empresarial, promovendo o Brasil no exterior, atraindo oportunidades e investimentos (...).

Ora, como poderia um “festeiro” ousado ingressar no Palácio da Alvorada, participar de seletos encontros entre a Presidente da República e a banda U2 e ainda por cima figurar em diversas fotos com a mandatária da nação e os integrantes da banda? O autor não estava lá à toa. Muito ao revés. Pierre Thomé de Souza e seu sócio (...), a pedido de Bono Vox (...), viabilizaram o encontro entre a banda U2 e a Presidente Dilma Rousseff, no Palácio da Alvorada. A foto publicada, de Pierre sentado à mesa que seria de despachos da Presidente da República, era apenas um registro, dentre outros tantos, da confraternização.

(...) Pierre é dileto amigo de vários assessores pessoais do Presidente dos Estados Unidos da América Barack Obama, Clinton, e também de outros porta-vozes da Casa Branca, e tem relações diretas com o ex-Presidente Bill Clinton, sendo um dos poucos brasileiros a ter visitado o mítico e celebrado Salão Oval (...).

Não é necessário declinar, mas afigura-se pertinente assinalar que Pierre foi convidado por Jerome Valcke, Secretário-Geral da FIFA, o mesmo que o convocou para cuidar da lista de convidados VIP da Copa do Mundo do Brasil 2014, como Mick Jagger, Tom Brady, Adriana Lima, Ron Burckle, o bilionário californiano, Sérgio Pizzolante, Vice-Presidente Senior da E!TV Networks, dentre outras tantas celebridades. (*sic*).

28. Além dos trechos destacados, em diversas outras passagens o autor da ação originária afirma ser pessoa de relações públicas significativas, alegando, exemplificativamente, que já participou da criação de evento que levou às ruas

do Rio de Janeiro mais de duzentas mil pessoas; que contribuiu com autoridades internacionais para projetos assistenciais; que liderou força-tarefa na cidade de Petrópolis na ocasião do recente desastre ecológico lá ocorrido; e que já recebeu a Medalha Tiradentes da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ, destinada a premiar pessoas que prestaram relevantes serviços à causa pública, dentre muitas outras passagens de sua petição inicial.

29. Diante das afirmações realizadas pelo próprio autor da ação originária, não se controverte acerca de seu significativo grau de exposição pública. Consequentemente, não há controvérsia acerca do parâmetro “(iii)”, correspondente à natureza pública da pessoa objeto da notícia.

30. Sobre o aspecto (iv), *não há notícia de que os locais dos fatos narrados sejam reservados ou protegidos pelo direito à intimidade*: ao contrário, pelo que indicam os documentos juntados aos autos, os fatos foram narrados na entrevista concedida pelo autor da ação originária, assim como as fotos que ilustraram a matéria foram, em parte, fornecidas pelo entrevistado e, em outra parte, disponibilizadas em rede social, aberta a todos aqueles aceitos pelo entrevistado em seu perfil (inclusive a entrevistadora), conforme afirmado na petição inicial da ação originária.

31. A *natureza dos fatos* – elemento (v) –, consistente na construção do perfil do entrevistado e na narrativa de sua rede de relacionamentos, também é um vetor que reforça a impossibilidade de censura da notícia, pois não envolve caráter sigiloso ou de intimidade, tanto que, reitera-se, os fatos foram descritos à reclamante, em boa parte, em entrevista concedida pelo autor da ação originária.

32. *Presume-se, como regra geral, o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro* – critério (vi) –, não havendo excepcionalidade a impedir a divulgação da informação.

33. Na mesma linha, embora a reportagem não tenha como foco principal a atuação de órgãos públicos, é certo que a rede de contatos do entrevistado, segundo sua própria narrativa, abrange importantes representantes de órgãos públicos, e seu trabalho envolve a aproximação entre investidores privados e diversas pessoas, entre elas os aludidos representantes de instituições públicas. Sobre o ponto, destaca-se a menção, feita pelo entrevistado na petição inicial da ação originária, à aproximação por ele realizada entre famosa banda musical e a Presidente da República do Brasil, assim como suas alegadas relações diretas com um ex-Presidente dos Estados Unidos da América.

34. Logo, existe interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos, de modo que também está preenchido o elemento (vii).

35. Por fim, *deve ser dada preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição da divulgação* – parâmetro (viii). No caso, a matéria já foi publicada e estava disponível para consulta desde 05.06.2013. A ação somente foi distribuída em 05.05.2015, quase dois anos após sua publicação. A pretensão do entrevistado, portanto, não é de censura prévia, mas de censura posterior. Cabe, então, avaliar se a censura é medida proporcional no caso.

36. O uso abusivo da liberdade de expressão pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral, será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso.

37. Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade ou a reparação mediante direito de resposta, retificação ou retratação. A opção por uma dessas alternativas tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação.

38. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial (*preferred position*) de que essas garantias gozam.

39. A análise dos parâmetros acima enumerados demonstra, como já afirmado no juízo liminar, que todos eles apontam no mesmo sentido: a decisão reclamada impôs censura a uma publicação jornalística em situação que não admite esse tipo de providência. Diante disso, a solução adequada é a de restabelecer o direito de divulgação da notícia pela reclamante, podendo o interessado, se desejar, valer-se de outros meios – que não a censura – para postular direitos que considere tenham sido violados.

40. Assim sendo, as decisões reclamadas violaram o entendimento firmado no acórdão elaborado por esta Corte na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, que é enfático na proibição da censura.

III. Conclusão

41. Diante do exposto, *voto no sentido de dar provimento* aos pedidos da parte reclamante para cassar as decisões reclamadas, tornando definitivos os efeitos da tutela antecipada, a fim de que a publicação objeto da reclamação não seja censurada.

42. É como voto.

19/04/2016
PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, eminente Relator, se Vossa Excelência me permitir, creio que podemos, quiçá, dentre outras questões, divisar dois blocos capitais.

O primeiro diz respeito à matéria de fundo, seja a liberdade de expressão como tal considerada. E, em relação a esse tema, registro, desde logo, que acompanho integralmente todas as observações que Vossa Excelência não só faz agora, mas que tem subscrito e conduzido a diretriz do vosso pensamento. A conclusão de que esta decisão em pauta acaba, na verdade, traduzindo-se numa censura e que, portanto, deve prevalecer a essa posição preferencial, ainda que não em termos absolutos da liberdade, eu a subscrevo por inteiro, quer do ponto de vista das ideias, quer do ponto de vista também de comungar ao lado de Vossa Excelência com alguns, digamos assim, compreensíveis dissabores dos quais somos destinatários. Portanto, em relação a esse tema, desde logo, registro o meu acompanhamento integral.

No outro bloco, surge a questão específica do cabimento, no que diz respeito ao requisito da aderência estrita, em face do julgamento da ADPF 130 e da apresentação desta reclamação. Parece-me de todo compreensível o debate que se faz sobre o cabimento da reclamação, e, da tribuna, o ilustre Advogado suscitou também essa matéria, e o acesso, de algum modo direto, que ela abre perante a Suprema Corte.

O que me leva, Senhor Presidente – e desde logo registro que também nesse ponto estou acompanhando Vossa Excelência –, neste caso, a subscrever o cabimento da reclamação é o conjunto de questões que Vossa Excelência traz, no acórdão especificamente, para fazer um juízo que sem embargo de levar em conta os paradigmas em abstrato ligados aos motivos determinantes, mas o faz à luz do caso concreto.

Eu tomo a liberdade, por exemplo, de ressaltar, nos itens 18º, 19º e 20º da proposição deliberativa que Vossa Excelência traz a este Colegiado, que, em todos eles, Vossa Excelência se refere:

18º - (...)

(i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; - para fins de ponderação.

(iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional.

Ou seja, a preocupação que é repisada no 19º e no 20º, onde Vossa Excelência registra concretamente esse zelo em examinar as circunstâncias do caso e todos esses elementos que, de modo percuciente, são examinados, analisados.

De modo que, dizendo o que acabo de declarar, acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência.

19/04/2016
PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S): ABRIL COMUNICAÇÕES S/A

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA

ADV.(A/S): JOÃO FRANCISCO NETO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): SOFIA CERQUEIRA

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)

– Muito obrigado, Ministro Fachin.

Os Ministros receberam, exceto o Ministro Marco Aurélio, o voto. Eu tenho um capítulo inicial em que faço um recenseamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), nessa matéria, para demonstrar, com inúmeros precedentes, que tipicamente esta é uma discussão em que o STF transcende um pouco para admitir o que tem sido chamado de teoria, acho que o novo Código chama de “teoria dos motivos transcendentais”, ou algo assim – ainda não me familiarizei totalmente, Ministro Fux, com o novo Código –, mas que é um pouco a importação da tese jurídica afirmada para aplicá-la em outros casos. Esta é uma exceção mais largamente utilizada no Supremo. Digo eu no item 2:

2. Nada obstante, essa linha restritiva tem sido excepcionada justamente quando estejam em questão temas afetos à liberdade

de expressão ou à liberdade de imprensa. Nesses casos, inúmeras decisões do STF têm admitido reclamações e deferido liminares com o propósito de assegurar o conteúdo conferido pela Corte a tais direitos, mesmo quando a decisão reclamada não se baseia no mesmo ato declarado inconstitucional em sede concentrada. (...)

Aí, eu cito, aqui, pouco mais de uma dezena de precedentes.

E concluo:

3. Essas decisões são indicativas da relevância da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa para o sistema constitucional, na medida em que constituem pré-condições para o exercício de outros direitos e liberdades, bem como para o adequado funcionamento do processo democrático. Não é difícil explicar a razão. A liberdade de expressão ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral. Não sem sobressalto, assiste-se à rotineira providência de juízes e tribunais no sentido de proibirem ou suspenderem a divulgação de notícias e opiniões, num “ativismo antiliberal” que precisa ser contido - a expressão “ativismo antiliberal” - entre aspas - citada pelo professor Daniel Sarmento.

4. Por considerar que uma vez mais se está diante de situação de sacrifício ilegítimo da liberdade de expressão, conheço da reclamação.

E, particularmente, nessa matéria, eu acho que a matéria é mordaz, mas pessoalmente nem sequer a achei ofensiva.

19/04/2016
PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

DEBATE

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, esse tema da liberdade de expressão e de imprensa vem ao Supremo por diferentes canais. Eu mesma tenho procurado, até por entender que há necessidade da estrita aderência, verificar se o comando atacado – quando, no caso, se invoca violação de decisão desta Suprema Corte – permite que se entenda que houve ofensa, no mínimo, em

se tratando de liberdade de expressão, à *ratio essendi* da compreensão externada por esta Suprema Corte ao julgamento da ADPF.

Por isso estava aqui, Senhor Presidente, procurando no voto de Vossa Excelência. Embora me tenha sido entregue, não tive tempo de lê-lo com a devida atenção. Se Vossa Excelência pudesse me lembrar o comando judicial. Com relação ao tema de fundo, tal como o Ministro Fachin, comungo integralmente com Vossa Excelência. Tenho vários votos nessa mesma linha. Qual o comando judicial tido por afrontoso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – A essência da decisão na ADPF 130 é que não é legítima, perante o Direito Constitucional brasileiro, a censura prévia de matérias, a censura no sentido de proibição de divulgação de conteúdo. O que a ADPF professa é a crença de que você deve ter reparações de outra natureza. Essa é a tese essencial da ADPF, embora fosse em uma época em que ainda não se firmava a tese ao final do julgamento.

Na ADPF nº 130, há muitas teses. Mas a tese do acórdão... E acho que o sumo do que foi discutido é a inaceitação da censura e que, portanto, outras providências devem substituí-la.

Ministro Marco Aurélio deseja fazer uma intervenção?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas para dar um testemunho, já que participei – inclusive fui voto vencido – do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, alusiva à Lei nº 5.250/1967.

Em momento algum – e enfrento a matéria pela vez primeira –, versou-se a problemática de ter-se uma informação, num *site* de revista, praticamente perpétua, para toda a vida. Essa questão não foi debatida.

Preocupa-me muito a utilização da reclamação como verdadeira advocatária – não estava no Tribunal quando defrontou-se com o instituto da advocatária no regime pretérito, anterior ao democrático. Sabemos que a reclamação pressupõe, sempre e sempre – e não temos admitido a eficácia aludida por Vossa Excelência, perdoe-me, mas, pelo menos, não a tenho admitido, busco sempre perquirir a aderência da situação concreta ao precedente –, a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a pronunciamento por ele formalizado.

Como disse, pela primeira vez examino o tema: saber se o direito-dever de informar – e sou um arauto desse direito-dever – alcança situação jurídica de ter-se não a circulação de jornal, de revista, mas de uma revista perpetuada na internet, passível, portanto, de ser acessada a qualquer tempo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ministro Marco Aurélio, só duas observações.

A primeira, é que esta matéria chegou à segunda instância; portanto, há manifestação do Tribunal de Justiça.

E a segunda – e eu compartilho da posição do Ministro Marco Aurélio de que, na discussão sobre direito ao esquecimento, existem questões que vão ser enfrentadas,

ainda, pelo Supremo –, que devo dizer a Vossa Excelência é que isso não foi o objeto nem da ação movida pelo interessado contra a revista nem da reclamação. Portanto, o direito ao esquecimento não foi uma discussão desse processo; a discussão desse processo foi saber se era legítima ou não a retirada. Mas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como, também, não foi alvo de discussão quando apreciamos a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130. Por isso é que encontro séria, mas seriíssima dificuldade – porque não adoto o princípio da transcendência em termos de fundamentação – em ultrapassar o campo da adequação da medida, do instrumental, que é a reclamação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Pois não, Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Ministro Marco Aurélio, como Decano, Vossa Excelência admitiria que eu pedisse vista dos autos?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Só vou ter de esperar concluir o voto da Ministra Rosa Weber.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, porque eu quero adiantar, para evitar discussão, eu pediria vista dos autos. Eu quero confrontar esse caso com um caso que eu decidi. Há alguns acórdãos aqui do Supremo Tribunal Federal, não só em relação à aderência estrita, mas, também, em relação a essa reclamação *per saltum*. Porque essa reclamação *per saltum*, por exemplo, só tem uma eficácia com o Regimento Interno, que é cassar a decisão, sem possibilidade de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não posso como que adotar o título de um filme, que, recomendo, vi no dia de ontem, “O jogo da imaginação”, e partir para a presunção de que, se o Tribunal, quando do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, houvesse se defrontado com esse tema, teria adotado entendimento no sentido de caber a informação perpétua. Digo que, mesmo no campo penal, há a reabilitação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Eu insisto que a discussão nesse processo não foi de direito ao esquecimento, nem de permanência perpétua.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, não. Eu ficaria com aderência estrita em antecipação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Foi uma discussão sobre a legitimidade ou não de supressão de conteúdo. E eu acho que isso foi específico objeto da ADPF130, e é objeto de decisões – de fato, não tem decisão do Ministro Marco Aurélio – dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, no sentido de que, na proteção da liberdade de expressão, contra abusos que são frequentemente praticados nas instâncias inferiores, se tem concedido, sim, a medida liminar em reclamação. E, nesse caso específico, a matéria foi discutida no Tribunal de

Justiça, porque houve agravo da decisão, e o Tribunal de Justiça, com fundamentação longa – e que eu transcrevo no relatório – manteve a decisão por entender ser textual:

No caso concreto, não resta dúvida de que a matéria jornalística publicada é de responsabilidade da agravante e que, embora tivesse o consentimento do agravado, extrapolou o exercício do direito de informação. (*sic*)

In casu, houve por bem a magistrada a quo conceder a antecipação dos efeitos da tutela.

Portanto, a decisão é de censura pura e simples; não há nada de direito ao esquecimento, nem de permanência perpétua.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu acho que os fundamentos que Vossa Excelência trouxe são fundamentos que, na essência, efetivamente são irrefutáveis. A minha preocupação é, primeiro, de ver, de analisar a coerência do meu acórdão com este. Porque, pelo que eu me lembro, eu tive duas situações distintas: uma publicação imediata, da qual se poderia inferir uma qualificação injusta ou não – era uma área fronteira, e, então, eu permiti que a informação fosse mantida, porque dada naquele dia ou no dia anterior; e a segunda foi um caso de um candidato a concurso público que teve um incidente no Ministério Público, e o Ministério Público mantinha em sua página aquele incidente que o prejudicava na hora de fazer outros concursos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – É, mas isso nem tem a ver com liberdade de expressão.

Agora, na proteção da liberdade de expressão, quer dizer, se o juiz de primeiro grau proíbe a veiculação, e você obriga a parte a percorrer todos os anos de recurso, você mantém a censura por dois, três, quatro, cinco anos. Portanto, a reclamação é a única forma de nós combatermos a censura, em um País cuja cultura censória ainda é infelizmente arraigada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – O mérito da decisão de Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não, não. Eu estou explicando por que a via processual é legítima. Porque, do contrário, a censura vence. Depois de três, quatro... Foi o que aconteceu com as biografias. Você proíbe três, quatro, cinco anos, perde-se o momento. Entendeu?

De modo que eu acho que a reclamação, neste caso, a jurisprudência que se criou de se aplicar, em reclamação, em matéria de liberdade de expressão, a teoria dos motivos transcendentais é a única forma de se enfrentar a censura. De modo que é uma exceção, mas uma exceção consagrada. Na posição oposta, eu acho que chancelaríamos por muitos anos.

Eu reitero que a preocupação do Ministro Marco Aurélio é uma outra discussão; o fundamento aqui foi mau exercício do direito de informar; isso é censura. Ninguém discutiu o direito ao esquecimento aqui; isso vai ser discutido em outro processo. Não foi argumento da defesa, não foi argumento de ninguém.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não estamos a julgar um recurso extraordinário, em relação ao qual se exige o prequestionamento, o debate e a decisão prévios. Estamos a proceder a um cotejo entre o que decidido na origem e possível desrespeito ao pronunciamento do Tribunal na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – A minha questão é só formal, não é material.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, não fico preso aos fundamentos, ao debate ocorrido no Tribunal de origem, mas à conclusão a que chegou. Vou averiguar se esta discrepa, ou não, do nosso pronunciamento na arguição de descumprimento de preceito fundamental. A meu ver, não, porque, pela primeira vez, torno a frisar, estou enfrentando esse tema de fundo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Ministra Rosa Weber.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, eu questionava Vossa Excelência exatamente sobre o comando, o alcance do decidido em primeiro grau, contra o que se volta a reclamação. Eu logrei encontrar aqui. Seria “determinar à segunda ré que retire de seu sítio eletrônico tal matéria”. Isto é, houve um comando de retirada, do sítio eletrônico, da matéria publicada. Foi este o único comando? Porque imaginei que estivesse havendo toda uma discussão inclusive sobre a reparação a esse dano que se argumentou, numa bela sustentação oral, com tanta ênfase, da tribuna. Então fiquei com essa dúvida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo que apreendi, a matéria já estaria no sítio eletrônico há três anos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – E aí houve o manejo de agravo de instrumento. Nesse agravo de instrumento é que foi mantido? É isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Exatamente, exatamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Seria essa então, mas a ação segue tramitando?

O SENHOR JOÃO FRANCISCO NETO (ADVOGADO) – Só um esclarecimento de fato.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)
– Pois não.

O SENHOR JOÃO FRANCISCO NETO (ADVOGADO) – A ação segue tramitando, mas ela está agora suspensa por conta da liminar proferida aqui no Supremo Tribunal Federal. Há também outros pedidos na inicial, mas o principal deles é a retirada dessa matéria.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Em resumo, eu entendo muito oportuna a vista requerida pelo Ministro Luiz Fux. Qual estava sendo aqui a minha dúvida? Eu adoto, em matéria de reclamação, a necessidade de estrita aderência. Eu não tenho acolhido, como regra, a transcendência dos motivos determinantes.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Não, ninguém, só em matéria de liberdade de expressão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Em matéria de liberdade de expressão, Vossa Excelência citou. Eu até fui conferir. Vossa Excelência lembra de decisão proferida pelo Presidente, no plantão seguramente, e ainda liminar minha, justamente entendendo que havia *fumus e periculum*, a ensejar o deferimento nos mesmos termos de Vossa Excelência. Mas aqui a situação vai um pouco além. Como o Ministro Fux pediu vista, eu também vou me debruçar no exame do caso concreto para ver se entendo possível que a *ratio essendi* do decidido na ADPF possa ser tida como violada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Está perfeito. Ministro Fux, antes de eu encerrar o julgamento e proclamar, deixa só eu dizer duas coisas. Primeira: a retirada de uma matéria de um *site* é censura em qualquer hipótese. A discussão que existe no mundo sobre o direito ao esquecimento, que tem um precedente relevante do Tribunal de Justiça Europeu, não é para a retirada da matéria, porque retirar a matéria é censura. A matéria foi escrita e vai existir sempre. A discussão que ocorreu na Corte de Justiça Europeia - ou na Corte Europeia de Direitos Humanos, eu agora estou na dúvida - foi a de retirar a referência no *site* de busca. A ação era movida contra o Google e o pedido não era para retirar a matéria, porque retirar uma matéria sempre será censura.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mesmo que o fato seja falso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Mas aí você pode pedir a retificação da matéria, mas a matéria foi escrita e divulgada. No caso concreto da decisão, era uma ação, salvo engano meu, contra o Google Espanha, em que constava o nome de um cidadão como sendo devedor da previdência e a casa dele foi a leilão. Essa era a notícia: que a casa de fulano de tal tinha ido a leilão porque ele era devedor da previdência. E o que ele pediu não foi suprimir a notícia, até porque o fato era verdadeiro. O que ele pediu foi pra tirar daquela listagem que o Google oferece quando a gente faz a busca a remessa àquela matéria. Ele queria o direito ao esquecimento no sentido de aquela matéria não ser sempre lembrada, mas ele não tinha o direito, nem postulou o direito, de suprimir a matéria. Porque o fato existiu. Aqui, neste caso concreto, é uma matéria que descreve uma personalidade e faz comentários críticos. Acho até que não são ofensivos; são críticos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Acho que aí está a liberdade de...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)

– Aqui está a liberdade de expressão. Então, você achar que pode suprimir a matéria que foi escrita, isso é censura, isso não é nem direito ao esquecimento. Direito ao esquecimento é uma postulação de você tirar do *site* de buscas. Ele aqui não propôs ação contra o *site* de buscas; ele propôs ação contra a revista, para dizer: “você não tem o direito de ter uma opinião que me desagrada”. Não consigo imaginar nada mais censório do que isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Presidente, perdoe-me. Apenas uma ponderação – evidentemente, não agasalho a censura: é que, no caso, não se pretendeu cassar os arquivos da revista *Veja*. Pretendeu-se afastar essa perpetuação, ter-se periódico retratado na internet acessível a qualquer momento. Creio não poderemos nos jungir ao campo da informação. A informação houve, mas foi mantida no sítio, sendo possível a consulta durante três anos. A revista impressa circulou com a mesma notícia, mas ficou nas bancas durante uma semana.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)

– Ministro Marco Aurélio, esse fato vai se tornar...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Estou verificando que não adiantou nada eu pedir vista.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR)

– Não, acho que estamos a debater porque acho importante debater. Essa observação do Ministro Marco Aurélio também merece reflexão. É que, com o avanço tecnológico, você tem um fenômeno chamado de “convergências de mídias”. Esse jornal de papel, que a gente lê, está acabando. Os nossos filhos já não leem mais jornal de papel. Portanto, o jornal que a gente lê, ele hoje em dia sai é na *Internet*. Logo, a *Folha de S. Paulo* de hoje, que está na *Internet*, vai ficar lá para todo o sempre e, portanto, se dissermos que podemos determinar a retirada da matéria da *Folha de S. Paulo*, os jornais vão ser veiculados *on-line*; assim, vamos fazer a censura, só que, em vez de censurar o papel, vamos censurar a publicação na *Internet*, porque algumas publicações já nem saem mais em papel.

De modo que, para mim, a censura virtual ou a censura de papel é mesma coisa. Agora, se tiver um erro, você tem o direito à retificação, você tem o direito de resposta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Valer-se dessa informação é ainda, no Supremo, uma matéria em aberto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

RECLAMAÇÃO Nº 22.328

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S): ABRIL COMUNICAÇÕES S/A

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO (172650/SP) E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S): JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S): PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA
ADV.(A/S): JOÃO FRANCISCO NETO (0147291/RJ) E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S): SOFIA CERQUEIRA
ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO (172650/SP)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Luís Roberto Barroso, Relator e Presidente, e Edson Fachin, que julgavam procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou o Dr. João Francisco Neto pelo Interessado Pierre Constâncio Mello Mattos Thomé de Souza. 1ª Turma, 19.4.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

Voto Vista

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO Nº 22.328 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

RECLAMAÇÃO. DECISÃO RECLAMADA QUE DETERMINOU A SUPRESSÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM SÍTIO ELETRÔNICO NA INTERNET. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE QUAIS MANIFESTAÇÕES PODEM OU NÃO SER CONSIDERADAS VÁLIDAS. CONTRARIEDADE AO QUE ASSENTADO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 130. ADERÊNCIA ESTRITA DO OBJETO DA DECISÃO RECLAMADA AO CONTEÚDO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. RECLAMAÇÃO CUJO PEDIDO SE JULGA PROCEDENTE.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, egrégia Primeira Turma desta Corte, ilustre representante do Ministério Público, advogados e demais presentes.

No caso *sub examine*, *PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA* propôs ação pelo procedimento ordinário em face de *SOFIA CERQUEIRA* e *ABRIL COMUNICAÇÕES S/A*, na qual requereu tutela antecipada, para que a segunda demandada retirasse de seu sítio eletrônico na internet a matéria jornalística intitulada “*Um bicão na alta-roda*”, alusiva ao demandante.

Em 26 de maio de 2015, a Juíza Titular da 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ deferiu o pedido de tutela antecipada, nos seguintes termos:

Restando indubitosa a ofensa à honra e dignidade do autor, pela publicação de matéria no site da Revista Veja Rio, intitulada “*Um bicão na alta-roda*”, que extrapolou os limites do direito de informação, com fulcro nas normas dos artigos 5º, X, da C.F. e 20 do Código Civil, defiro a antecipação para determinar à 2ª ré que retire de seu sítio eletrônico tal matéria, disponível no endereço indicado na inicial, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

(Processo 0204311-23.2015.8.19.0001)

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar agravo de instrumento interposto por *ABRIL COMUNICAÇÕES S/A*, ratificou a decisão agravada, em acórdão que porta a seguinte ementa:

AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE SÍTIO ELETRÔNICO. CONFLITO APARENTE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO E DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DA PESSOA, PREVISTOS NOS ARTS. 5º, IV, IX, X E XIV E 220, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 273, DO C.P.C. HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS. MATÉRIA PUBLICADA HÁ MAIS DE DOIS ANOS. DIREITO DE IMPRENSA EXERCIDO E EXAURIDO EM PARTE. PREVALÊNCIA, HOJE, DA DIGNIDADE DA PESSOA QUE TEVE CONTRA SI ATRIBUÍDA QUALIFICAÇÃO DEPRECIATIVA. *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADO PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(Agravo de Instrumento 0032941-76.2015.8.19.0000)

Em seguida, a *ABRIL COMUNICAÇÕES S/A* ajuizou a presente reclamação, com pedido de liminar, sustentando, em síntese, a ocorrência de afronta à autoridade do acórdão proferido pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, Rel. Min. Ayres Britto.

O Relator desta reclamação, Ministro Luís Roberto Barroso, deferiu o pedido de liminar e suspendeu os efeitos das decisões impugnadas (DJe de 26/11/2015).

O Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, autoridade reclamada, prestou as seguintes informações:

(...) insurgiu-se a Reclamante contra decisão proferida por esta Magistrada que, em antecipação de tutela, determinou a retirada do sítio da revista *Veja Rio* de matéria que extrapolou os limites do direito de informação, ofendendo a honra e dignidade do autor, intitulada “Um bicão na alta-roda”.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido formulado nesta reclamação, em parecer que possui a seguinte ementa:

Reclamação. Liberdade de imprensa e direito ao esquecimento. Hipótese não versada no dispositivo da ADPF 130. Falta do requisito da aderência estrita. Parecer pela improcedência.

Em 19 de abril de 2016, nesta Primeira Turma, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu voto no sentido de julgar procedente o pedido formulado na reclamação para cassar as decisões impugnadas, “*a fim de que a publicação objeto da reclamação não seja censurada*”. Eis a conclusão do voto proferido naquela ocasião:

38. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada posição preferencial (*preferred position*) de que essas garantias gozam.

39. A análise dos parâmetros acima enumerados demonstra, em juízo liminar, que todos eles apontam no mesmo sentido: a decisão reclamada impõe censura a uma publicação jornalística em situação

que não admite esse tipo de providência. Diante disso, a solução adequada é a de restabelecer o direito de divulgação da notícia pela reclamante, podendo o interessado, se desejar, valer-se de outros meios – que não a censura – para postular direitos que considere tenham sido violados.

40. Assim sendo, as decisões reclamadas violaram o entendimento firmado no acórdão elaborado por esta Corte na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, que é enfático na proibição da censura.

Constata-se, dessa forma, que a questão posta nos autos diz respeito a um aparente conflito entre as liberdades de expressão e de informação e a tutela de garantias individuais, como os direitos de proteção à imagem e à honra, todos igualmente dotados de estatura constitucional.

Há, todavia, que se enfrentar, primeiramente, a questão relativa ao cabimento da reclamação, em particular no que concerne à aderência estrita entre a decisão reclamada e o paradigma invocado, qual seja, o julgado na ADPF 130, cujo teor transcrevo abaixo, em parte:

(...) 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada, é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma essa “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 06/11/2009)

Como se depreende do trecho do aresto colacionado acima, são efeitos jurídicos da decisão a aplicação da legislação ordinária às relações de imprensa. Ora, tais efeitos integram o dispositivo da decisão e não a sua *ratio decidendi*, uma vez que não constituem as razões de fato e de direito que levaram à conclusão plasmada no dispositivo, mas sim verdadeira extensão do dispositivo, na qual o órgão decisor explicita o seu sentido e o alcance. Essa é a definição traçada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em obra clássica sobre o tema (*Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 6ª Edição, 2014, p. 16):

É do conhecimento comum, que Liebman ressalta e enfatiza para o bom entendimento do tema, que só no *decisum* se formulam preceitos destinados a produzir efeitos sobre a vida dos litigantes ou sobre o processo mesmo (...). Só no decisório se contêm atos imperativos do juiz, a serem impostos aos litigantes na medida do conteúdo de cada um deles; como se costuma dizer, é no decisório que reside a parte preceptiva da sentença. Na motivação, em que o juiz resolve questões de fato ou de direito, residem somente os pressupostos lógicos em que se apoia o decisório, mas sem autonomia, eles próprios, para projetar efeitos sobre a vida do processo ou das pessoas (...).

Daí decorre ser inaplicável ao caso em comento a teoria da intranscendência dos motivos determinantes, visto que aqui o que se tem é a aderência estrita entre a decisão reclamada e o dispositivo da decisão – em sua parte estendida, relativa aos efeitos da decisão – e não em relação às razões de decidir. De fato, se é efeito jurídico da decisão tomada na ADPF 130 a aplicação da legislação ordinária às relações de imprensa e se tal determinação integra o dispositivo daquele julgado, então é plenamente cabível a reclamação para o controle da efetiva aplicação dessa legislação ao caso em exame. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal já admitiu reclamações em que se discutia matéria semelhante à destes autos:

RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF – EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – JORNALISMO DIGITAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO, DE MODO INTEIRAMENTE PERTINENTE, COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO – PRECEDENTES – SIGILO DA FONTE COMO DIREITO BÁSICO DO JORNALISTA: RECONHECIMENTO, em “*obiter dictum*”, DE QUE SE TRATA DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUALIFICADA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA PRÓPRIA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (...) (Rcl 21.504 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 11/12/2015)

RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE DETERMINOU A RETIRADA DE MATÉRIA JORNALÍSTICA E A ABSTENÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A INCIDENTE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOB SIGILO. TUTELA ANTECIPADA. CONFIGURAÇÃO DE CENSURA PRÉVIA. LIBERDADE DE IMPRENSA. POSSÍVEL VIOLAÇÃO A AUTORIDADE DA DECISÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DA ADPF 130. LIMINAR DEFERIDA. (Rcl 28.743 MC, Rel. Min. Luiz Fux, Decisão Monocrática, DJe de 24/10/2017)

Resta saber, portanto, se a decisão reclamada cumpriu o que determinou a ADPF 130, aplicando a legislação ordinária ao caso concreto, ou se afrontou a decisão deste Supremo Tribunal Federal ao implementar providência que não é albergada por essa legislação.

Nessa toada, uma primeira distinção precisa ser feita: é que o direito ao esquecimento pode ser considerado tanto perante o Estado quanto em relação ao indivíduo ou entidades privadas (LETTERON, Roseline. *Le droit à l'oubli, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, Mars-Avril 1996*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

Na sua vertente contra o Estado, parece inegável que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional previram diversas modalidades de esquecimento: prescrição (artigo 107, IV, do Código Penal), anistia (artigos 5º, XLIII, 21, XVII, 48, VIII, todos da Constituição Federal, e artigo 107, II, do Código Penal) e reabilitação criminal (artigos 93 a 95 do Código Penal) são exemplos de direito de esquecimento do indivíduo perante o Estado.

Não é disso, todavia, que se cuida nos presentes autos. Aqui, o que se tem é uma demanda ajuizada por um indivíduo em face de uma empresa da área de comunicações, mostrando-se claro o caráter privado da disputa, a envolver o aparente choque entre direitos fundamentais que se alinham a cada um dos polos da demanda.

Ao analisar esse conflito, é inolvidável a célebre frase contida na obra *A democracia na América*, de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, quando afirma que “num país onde reina ostensivamente o dogma da soberania do povo, a censura não é apenas um perigo, mas ainda, um grande absurdo” (Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 4ª Edição, 1998, tradução de Neil Ribeiro da Silva, p. 141).

O presente tema envolve duas situações aparentemente paradoxais: a liberdade de informação, que é a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento e a liberdade de informar e, em contraposição, o direito à honra e à imagem, que ensejou a determinação judicial de retirada da mencionada matéria jornalística do sítio eletrônico em questão, representando uma verdadeira censura obstativa do exercício da liberdade de informação.

A liberdade de expressão e de imprensa constitui um dos mais relevantes núcleos dos direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, são várias as remissões a esse direito fundamental ao longo do texto constitucional, que garante ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (artigo 5º, IV); assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (artigo 5º, XIV); e dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (artigo 220).

Apesar de não se tratar de direito absoluto, a liberdade de expressão possui alcance amplo, abrangendo todo tipo de opinião, convicção, comentário ou avaliação sobre qualquer tema ou sobre qualquer indivíduo, envolvendo tema de interesse público ou não, não cabendo ao Estado a realização do crivo de quais dessas manifestações devem ser tidas ou não como permitidas, sob pena de caracterização de censura. A propósito, cito as lições de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO e do Ministro GILMAR MENDES, que assim se pronunciam sobre o tema:

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura.

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, 10ª Edição, p. 264-265).

Também JOSÉ AFONSO DA SILVA consigna a destacada importância da liberdade de comunicação:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação [...].

As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios: (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer

restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade [...]. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015, 38ª Edição, p. 245).

Sendo assim, determinações judiciais como as aqui impugnadas se revelam como verdadeiras formas de censura, aniquilando completamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação, bem como, consecutivamente, fragilizando todos os demais direitos e garantias que a Constituição protege. Nas palavras de THOMAS JEFFERSON, “*a liberdade de falar e escrever guarda nossas outras liberdades*” (*Jefferson on freedom*. New York: Skyhorse Publishing, 2011, p. 104).

Não se discute, por outro lado, a possibilidade de o Supremo chancelar a possibilidade de se encartar em determinada matéria jornalística tudo quanto se pretenda, inclusive sob o ângulo da degradação e da difamação. Até porque “*a proibição de censura não obsta [...] a que o indivíduo assumas as consequências, não só cívicas, como igualmente penais do que expressou*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 10ª Edição, 2015, p. 265).

O que se defende não é só a antijuridicidade da censura, mas também os limites éticos das informações que devem ser baseadas em fatos verdadeiros e fontes legítimas, ressaltando-se sempre a repressão em relação aos desvios. Isso porque, embora a liberdade deva ser a regra nas relações entre indivíduos iguais perante o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana deve servir de limite e garantia mínima contra excessos eventualmente praticados (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 3ª Edição, 2006, p. 273-274). Aliás, a própria Constituição se incumbem de reprimir, mediante a reparação de danos – morais, materiais e à imagem – e a concessão do direito de resposta (artigo 5º, incisos V e X).

Em última análise, a liberdade de informação se apresenta como elemento fundamental para a construção da Democracia, conforme a arguta observação de KONRAD HESSE (*Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Luís Afonso Heck, p. 304-305):

O equivalente necessário para a liberdade de manifestação da opinião é a liberdade de informação, como base de formação da opinião democrática. (...) Porque a liberdade de informação é pressuposto

da publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático.

De fato, a liberdade de expressão permite que ideias minoritárias no bojo de uma sociedade possam ser manifestadas e debatidas publicamente, enquanto o discurso *mainstream*, amplamente aceito pela opinião pública, não precisa de tal proteção (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 201). Cabe ao Judiciário, conseqüentemente, cumprir a sua função contramajoritária, assegurando a divulgação até mesmo de ideias inconvenientes perante a visão da maioria da sociedade.

Pode-se assentar, ademais, que a Constituição Federal, quando estabelece aquelas garantias fundamentais que estão ligadas ao seu centro de gravidade, que é a dignidade da pessoa humana, e, no campo do Direito Civil os direitos da personalidade, refere-se à pessoa natural, como inviolável em sua privacidade e com a reserva da sua honra e boa fama. Nesse ponto há um princípio geral. Mas, além dele, existe um princípio setorial que é inerente à comunicação social.

Princípios setoriais regulam atividades econômicas ou estatais específicas, disciplinando-as através de regime jurídico próprio, adequado às suas singularidades, como ocorre, por exemplo, no Direito Administrativo, cujos princípios reitores são delineados pelo artigo 37, *caput*, da Constituição (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373-374).

E, quanto ao ponto do setor da comunicação social, conforme já assentado, a Constituição assegura, em seu artigo 220, *caput*, que a propagação da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá nenhuma restrição. E prossegue o parágrafo primeiro do mesmo artigo estabelecendo que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação em qualquer veículo de comunicação, observado o quanto previsto pelo artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. Eis aqui um princípio setorial. Finalmente, como regra de encerramento, apesar de todo o respeito aos valores que são consagrados pelos princípios gerais, o constituinte originário arremata o preceito com a seguinte afirmação constante do parágrafo segundo: é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Faz-se necessária, pelo exposto, a proteção com densidade desse princípio setorial, específico à comunicação social, tendo em vista que a Constituição Federal dispõe ser vedada toda e qualquer censura à difusão da informação, inclusive daquela contida em matérias jornalísticas. Sob esse enfoque, colho do professor *CLAUS-WILHELM CANARIS* a seguinte lição (*Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, p. 114):

(...) quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção.

Preocupado com essas premissas, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01/02/2016, assentou "*a interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)*".

Ora, *ubi aedem ratio, ibi aedem dispositio*, de sorte que a mesma interpretação conforme dada aos dispositivos do Código Civil que autorizavam a censura de biografias também se impõe à censura de outras matérias jornalísticas que abordem pontos específicos da trajetória pessoal de um indivíduo.

In casu, retomando a argumentação desenvolvida ao início, constata-se a violação ao que foi decidido na ADPF 130, na medida em que o juízo reclamado impôs à reclamante modalidade de censura que, a teor do *decisum* proferido na ADI 4.815, não é albergada pela legislação infraconstitucional brasileira. Note-se que tal constatação não impede a parte alegadamente prejudicada de buscar em juízo a satisfação de outras medidas que efetivamente são admitidas pelo ordenamento jurídico nacional, como a reparação de danos (que pode ser proporcional ao tempo de exposição da matéria jornalística) e o direito de resposta, desde que prove serem inverídicas as imputações que lhe faz a reclamante. Nas palavras de ABRAHAM LINCOLN, "*a verdade é, geralmente, a melhor defesa contra a calúnia*" (*Quotations of Abraham Lincoln*. Carlisle: Applewood Books, p. 10).

Ex positis, acompanho integralmente o voto proferido pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso, e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado na presente reclamação, para cassar a decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro nos autos do Processo 0204311-23.2015.8.19.0001, posteriormente ratificada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do Agravo de Instrumento 0032941-76.2015.8.19.0000.

É como voto.

**EXTRATO DE ATA - 06/03/2018
PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

RECLAMAÇÃO Nº 22.328

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S): ABRIL COMUNICAÇÕES S/A

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO (172650/SP) E OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S): JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): PIERRE CONSTÂNCIO MELLO MATTOS THOMÉ DE SOUZA

ADV.(A/S): JOÃO FRANCISCO NETO (0147291/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): SOFIA CERQUEIRA

ADV.(A/S): ALEXANDRE FIDALGO (172650/SP)

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Luís Roberto Barroso, Relator e Presidente, e Edson Fachin, que julgavam procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou o Dr. João Francisco Neto pelo Interessado Pierre Constâncio Mello Mattos Thomé de Souza. 1ª Turma, 19.4.2016.

Decisão: A Turma, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da reclamação, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes. Presidiu este julgamento o Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 6.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Carmen Lillian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

16/11/2016

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S): AFONSO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTES E EX-CONTRIBUINTES À CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ACONCAPRE

ADV.(A/S): GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA E OUTRO(A/S)

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO DA CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS. DIREITO À CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO.

1. A Lei nº 14.016, de 12.04.2010, do Estado de São Paulo, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, não padece de inconstitucionalidade formal, visto que o constituinte conferiu aos Estados-membros competência concorrente para legislar sobre previdência social, consoante o disposto no art. 24, XII, da Constituição Federal.

2. A extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, embora possível por meio da referida lei, deve, contudo, respeitar o direito adquirido dos participantes que já faziam jus aos benefícios à época da edição da lei, bem como o direito à contagem recíproca do tempo de contribuição para aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (CF, art. 201, §9º) dos participantes que ainda não haviam implementado os requisitos para a fruição dos benefícios.

3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput*, e §1º, da Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; (ii) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; (iii) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, §9º, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o pedido formulado para: a) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, cabeça, e §1º, da Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; b) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; c) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, §9º, da Constituição Federal, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras da compensação referida, vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 16 de novembro de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

REDATOR P/O ACÓRDÃO

**16/11/2016
PLENÁRIO**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S): AFONSO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTE E EX-CONTRIBUINTE À CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ACONCAPRE

ADV.(A/S): GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL questiona a constitucionalidade da Lei nº 14.016, de 12 de abril de 2010, do Estado de São Paulo, em que se declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado. Em especial, impugna os artigos 1º, 3º, 4º e 17, bem como a redação conferida pela norma contestada ao artigo 51 da Lei nº 10.393, de 1970. Eis o teor:

Artigo 1º - Fica declarada em extinção, nos termos desta lei, a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado a que se refere a Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970.

Artigo 2º - A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, financeiramente autônoma e com patrimônio próprio, por não se enquadrar no regime de previdência complementar e demais normas previdenciárias, passa a denominar-se Carteira de Previdência das Serventias Notariais e de Registro - Carteira das Serventias, e a reger-se, em regime de extinção, pelo disposto nesta lei.

§1º - Em consequência do disposto no *caput* deste artigo, fica vedada, a partir da data da publicação desta lei, a inclusão de contribuinte facultativo na Carteira das Serventias, salvo aqueles eventualmente desligados após o advento da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

§2º - Fica assegurado o direito de permanência na Carteira das Serventias aos contribuintes facultativos nela incluídos até a data da publicação desta lei.

Artigo 3º - É vedada a inclusão na lei orçamentária anual, bem como em suas alterações, de qualquer recurso do Estado para pagamento de benefícios e pensões de responsabilidade da Carteira das Serventias.

§1º - Em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades da administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.

§2º - Responderá exclusivamente o patrimônio da Carteira das Serventias por eventuais ônus relativos a contribuições previdenciárias não recolhidas, bem como por valores relativos à compensação previdenciária do Regime Geral de Previdência Social.

§3º - Os precatórios judiciais relativos à Carteira das Serventias pendentes na data da publicação desta lei, ou que venham a ser expedidos, serão pagos com recursos da Carteira.

Artigo 17 - Compete ao Superintendente do IPESP, além das atribuições inerentes ao cargo e previstas em normas vigentes:

[...]

VII - suspender a aplicação de novos reajustes aos benefícios já concedidos, assim como a concessão de novos benefícios, enquanto não for demonstrado o equilíbrio atuarial da Carteira das Serventias, na forma dos artigos 12 e 51 da Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, com a redação dada por esta lei;

(Lei nº 10.393, de 1970, com a redação dada pela Lei nº 14.016, de 2010)

Artigo 51 - O IPESP deverá contratar anualmente serviços de cálculo atuarial, que deverão ser apresentados até o mês de setembro de cada ano, bem como auditoria contábil dos demonstrativos financeiros.

Parágrafo único - Sempre que, em decorrência do cálculo atuarial anual, ficar demonstrada a necessidade de reajuste das fontes de receita da Carteira, o Superintendente do IPESP deverá proceder conforme previsto no artigo 69 desta lei, sem prejuízo da suspensão imediata da aplicação de novos reajustes aos benefícios já concedidos, de que trata o artigo 12 desta lei, bem como da concessão de novos benefícios. (NR)

Argui, inicialmente, a inconstitucionalidade formal do ato contestado. Assevera ofensa à competência privativa da União para legislar sobre registro público e organização da correspondente atividade. Segundo aduz, a regulamentação do regime previdenciário dos serventuários, escreventes e auxiliares dos cartórios não oficializados se dá por meio do artigo 51 da Lei nº 8.935, de 1994, a dispor acerca dos serviços notariais e de registro. Sustenta contrariedade à competência legislativa privativa da União concernente a seguros e sistemas de consórcios, pois, mediante o diploma atacado, teria sido adotado o regime de capitalização para os participantes da carteira. Aponta a ofensa ao artigo 149 do Diploma Maior, considerada a competência exclusiva da União para instituir contribuições sociais.

Quanto à inconstitucionalidade material, defende que a possibilidade de suspensão de reajuste dos benefícios previdenciários pelo administrador da Carteira implica relegar os participantes ao limbo jurídico, em verdadeiro desabrigo previdenciário. O regime criado mediante a norma, consoante explícita, submete os beneficiários a situação teratológica, pois contribuintes de longos anos estão impedidos de usufruir dos benefícios, dada a deficiente gestão do fundo e a consequente insuficiência de recursos para o pagamento de aposentadorias e pensões. Conforme ressalta, foi assegurado, no texto constitucional, o reajustamento dos benefícios, de modo a garantir-lhes o valor real. Diz da violência aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sobretudo em relação àqueles que cumpriram todos os requisitos previstos na lei anterior para a satisfação dos benefícios. Alega afronta aos artigos 5º, inciso XXXVI, 40, §8º, 194, parágrafo único e inciso I, e 201, inciso I e §4º, da Carta da República.

Requer a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.016, de 2010, e a sujeição da citada Carteira de Previdência ao regime próprio da previdência social, atribuindo a administração do Fundo à São Paulo Previdência - SPPREV, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007.

Acionei o artigo 12 da Lei nº 9.868, de 1999, solicitando informações.

O Governador do Estado de São Paulo salienta que a Carteira de Previdência em questão foi dotada de autonomia financeira e patrimônio próprio desde a criação, tendo a Lei local nº 10.393, de 1970, atribuído ao Instituto de Previdência estadual somente o gerenciamento. Segundo assevera, diante da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o Fundo Previdenciário, assim como o artigo 51 da Lei Federal nº 8.935, de 1995, entrou em descompasso com os regimes de previdência estabelecidos no Diploma Maior. Afirma ter-se, com a norma questionada, buscado resolver situação criada por lei anterior a 1988 e não mais harmônica com a ordem vigente. Evoca a Ação Direta nº 2.791/PR, na qual o Supremo declarou inconstitucional lei do Estado do Paraná a prever, para os serventuários do Poder Judiciário local, aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos. Menciona parecer formalizado sobre a controvérsia pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, consignando ser impossível aos entes federados manter servidores não titulares de cargos efetivos em fundos previdenciários, ainda que mediante fundos contábeis próprios e custeio distinto.

Defende a constitucionalidade da norma impugnada, porquanto a carteira é extinta de maneira gradual, assegurando-se a realização do ativo e o pagamento do passivo. Alega que o autor confunde regime previdenciário de capitalização com título de capitalização e realça que o ato contestado não cuida de crédito, câmbio, seguros ou transferências de valores. Salienta mostrar-se evidente a natureza privada do fundo de previdência, descabendo ao Estado assumir o papel de segurador. Argui a inexistência de ofensa ao direito adquirido, porquanto o pagamento de benefícios deve ser feito de modo a garantir o equilíbrio atuarial e financeiro.

A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo anota que o pedido formulado pelo requerente é inadmissível em âmbito concentrado, pois não busca a mera declaração de inconstitucionalidade da norma em exame, mas pretende enquadrar pessoas sem qualquer vínculo com a Administração Pública no regime previdenciário próprio dos servidores de cargo efetivo. Segundo entende, o objetivo, na verdade, é a defesa dos interesses subjetivos dos participantes da Carteira. Ressalta não haver direito adquirido em face da Constituição da República. No mais, apresenta argumentos semelhantes aos expostos pelo Governador do Estado.

O Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência parcial do pedido. Sustenta o caráter transitório da lei impugnada, que teria por finalidade tornar constitucional situação revestida de inconstitucionalidade. Refuta a alegação do vício sob o ângulo formal e corrobora a afirmação de ausência de direito adquirido a regime previdenciário.

O Procurador-Geral da República endossa argumentos da Advocacia-Geral da União e diz da procedência parcial do pedido, apenas para conferir à lei questionada interpretação conforme a Carta de 1988. Assevera ser necessário preservar o direito somente daqueles que já haviam cumprido as condições para a concessão dos benefícios com base no regime anterior.

Admiti o ingresso, como terceira interessada, da Associação dos Contribuintes e Ex-Contribuintes das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo - ACONCAPRE.

É o relatório.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A controvérsia é similar à apreciada na ação direta nº 4291/SP, de minha relatoria, na qual o Colegiado analisou a lei do Estado de São Paulo voltada à extinção da Carteira de Previdência dos Advogados daquela unidade da Federação. Na oportunidade, a norma como um grande todo foi

considerada constitucional, sendo dada interpretação conforme a Carta da República a alguns dos dispositivos.

Neste julgamento, cumpre apreciar, inicialmente, o óbice arguido pela Assembleia Legislativa estadual à admissibilidade do pedido bem como as inconstitucionalidades formais suscitadas.

O requerente não pretende apenas a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 14.016, de 2010, mas busca o enquadramento dos atuais integrantes da Carteira das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo no regime próprio de previdência social destinado aos ocupantes de cargo efetivo.

O controle objetivo de constitucionalidade não se presta à modificação de situações subjetivas concretas, mas ao exame acerca da validade de normas em face da Carta Federal. Nesse contexto, não cabe ao Supremo, ao exercer a fiscalização abstrata, alterar relações jurídicas firmadas ou proceder à declaração de interesses individuais supostamente lesados. Incumbe-lhe restringir-se à tutela da ordem jurídica constitucional.

Revela-se inviável o pleito de enquadramento de aposentados e pensionistas em regime previdenciário diverso, porquanto ocasional declaração de inconstitucionalidade produz consequências somente no plano abstrato, implicando a regência por regras eventualmente revogadas.

No tocante ao aspecto formal, vê-se a insubsistência da alegação do requerente. Na lei estadual atacada, não se cuida de registros públicos nem se regula a maneira como os cartórios devem desempenhar as atividades atinentes à prestação do correspondente serviço. Os benefícios versados voltam-se a pessoas que já passaram à inatividade. O ato contestado disciplina a extinção de carteira previdenciária específica, administrada pelo próprio Estado. A matéria, portanto, é de competência concorrente, nos termos do artigo 24, inciso XII, da Carta da República, segundo o qual cumpre à União, aos Estados e ao Distrito Federal “legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde”. O artigo 51 da Lei nº 8.935, de 1994¹ – será explicitado a seguir –, não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Igualmente, a adoção do sistema de capitalização para o fundo previdenciário não implica ofensa à competência privativa da União para legislar sobre seguros, consórcios ou transferência de valores. Em qualquer carteira de previdência – pública ou privada –, há necessidade de estabelecer regras pelas quais será calculado o custeio dos benefícios concedidos. O regime de capitalização, em oposição ao regime de repartição, nada mais significa do que a fixação de parâmetro atuarial pelo qual o segurado deve contribuir

¹ Art. 51. Aos atuais notários e oficiais de registro, quando da aposentadoria, fica assegurado o direito de percepção de proventos de acordo com a legislação que anteriormente os regia, desde que tenham mantido as contribuições nela estipuladas até a data do deferimento do pedido ou de sua concessão.

§1º O disposto neste artigo aplica-se aos escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial que vierem a ser contratados em virtude da opção de que trata o art. 48.

§2º Os proventos de que trata este artigo serão os fixados pela legislação previdenciária aludida no *caput*.

§3º O disposto neste artigo aplica-se também às pensões deixadas, por morte, pelos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares.

durante certo lapso de tempo, número de cotas ou determinado valor, a fim de criar lastro suficiente para a cobertura do próprio benefício.²

Também inexistiu ofensa ao artigo 149 da Carta da República. Como bem ressaltado pelo Ministério Público, a contribuição em tela não foi criada mediante o diploma impugnado, mas já era prevista no artigo 43, incisos I e II, da Lei estadual nº 10.393, de 1970. Eis o teor:

Artigo 43 – A receita da Carteira é constituída:

- I – de contribuição mensal do segurado, em atividade ou não;
- II – de contribuição a cargo dos titulares das serventias de Justiça;
- III – da contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado a que se refere o artigo 49;
- IV – de subvenção do Estado, não inferior à previsão orçamentária do exercício anterior, relativa à contribuição mencionada no inciso III;
- V – de doações e legados recebidos;
- VI – de rendimentos patrimoniais e financeiros da Carteira.

Ressalte-se ainda a existência de outras fontes de receita, previstas nos artigos 48 e 49 do mencionado diploma:

Artigo 48 – O titular de serventia da Justiça não oficializada, além de sua própria contribuição como segurado (artigo 45), contribuirá para a receita da Carteira, mensalmente, com quantia igual à das contribuições devidas pelo oficial maior, pelos escreventes e pelos auxiliares da serventia a seu cargo.

Artigo 49 – A Contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não oficializadas da Justiça do Estado corresponderá a 15% dos em lamentos (S/C) devidos ao serventuário por ato praticado em serventia não oficializada, salvo no Cartório de Notas e no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, em que a contribuição será de 10% sobre os emolumentos.

Ante o quadro, eventual declaração de inconstitucionalidade da contribuição do segurado, versada no ato atacado, não traria qualquer utilidade, porquanto importaria a regência por norma com idêntico conteúdo e não impugnada por meio desta ação direta. Segundo entendimento sedimentado do Tribunal, detectada essa eficácia da declaração de inconstitucionalidade, cabe ao legitimado, já na inicial, postular a invalidade do ato

² Neste sentido: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 61-62.

que será ressuscitado, sob pena de inadmissibilidade do pleito. Precedentes: ações diretas nº 2.132/RJ e nº 2.242/DF, ambas de relatoria do ministro Moreira Alves.

Vale destacar a peculiaridade da situação veiculada e o caráter transitório da lei contestada, na qual se busca a adequação paulatina do ordenamento jurídico estadual à Carta da República, considerado o princípio da segurança jurídica. Extirpar a contribuição do segurado, nesse contexto, ao contrário de criar maior harmonia, observada a legislação e o Diploma Maior, agravaria o descompasso, presente o artigo 202, §3º, da Carta Federal:

§3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Por meio da Lei estadual nº 10.393, de 1970, a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo foi criada e dotada, conforme o artigo 1º, de autonomia financeira e patrimônio próprio, com a finalidade de prover aposentadoria aos participantes e pensões aos respectivos dependentes. Eis o teor do preceito:

Artigo 1º A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, sob a administração do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, é financeiramente autônoma, com patrimônio próprio, passado a reger-se por esta lei.

Consoante os artigos 4º e 62 do diploma referido, a adesão ao regime era obrigatória, sendo o Fundo administrado e representado judicial e extrajudicialmente pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

Artigo 4º São segurados obrigatórios da Carteira, estejam na atividade ou aposentados os serventuários, escreventes e auxiliares das serventias não oficializadas do Estado, tanto dos cartórios como dos ofícios de Justiça.

[...]

Artigo 62. A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado é administrada e representada, judicial e extrajudicialmente, pelo Instituto de Previdência do Estado de

São Paulo. Parágrafo único. Pelos atos que o instituto de Previdência praticar de acordo com esta lei, responderá exclusivamente o Patrimônio da Carteira.

Por meio da lei impugnada, declarou-se em regime de extinção a referida Carteira de Previdência, atribuindo-se a administração, durante o período de liquidação, ao Instituto de Pagamentos Especiais - IPESP:

Artigo 2º. A Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, financeiramente autônoma e com patrimônio próprio, por não se enquadrar no regime de previdência complementar e demais normas previdenciárias, passa a denominar-se Carteira de Previdência das Serventias Notariais e de Registro - Carteira das Serventias, e a reger-se, em regime de extinção, pelo disposto nesta lei.

[...]

Artigo 10. Constitui objetivo fundamental do Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo - IPESP a liquidação das seguintes carteiras:

I - Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, de que trata a Lei nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970, com as alterações da Lei nº 13.549, de 26 de maio de 2009;

II - Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, de que trata a Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, com as alterações desta lei.

A lei atacada, ao versar a exclusão de responsabilidade do Poder Público estadual pela quitação de benefícios presentes ou futuros ou pelo pagamento de eventuais indenizações, não inovou no ordenamento jurídico estadual, haja vista o texto do respectivo artigo 3º, §1º, ter reproduzido, na essência, o conteúdo normativo do artigo 62, parágrafo único, da revogada.

A situação é peculiar. Com a promulgação da Carta de 1988, previu-se a prestação, em caráter privado, dos serviços notariais e de registro, havendo modificação substancial a obstaculizar o enquadramento dos notários e registradores como servidores públicos. Delegatário de serviços públicos não se confunde com servidor público, não integrando a estrutura do Estado. Atua em recinto particular, contando com o trabalho de pessoas que também não possuem a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda assim, havia discussões no Supremo sobre a possibilidade de aplicar-lhes regime previdenciário híbrido, a abranger, por exemplo, a aposentadoria compulsória aos setenta anos. Nesse sentido foi o julgamento do recurso extraordinário nº 178.236/RJ, de relatoria do ministro Octavio Gallotti, em 7 de março de 1996, no qual fiquei vencido:

Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). Recurso de que se conhece pela letra c, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento.

Com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o regime criado pela Carteira das Serventias não Oficializadas deixou de encontrar suporte no Diploma Maior. A esta altura, não se identifica com nenhum dos modelos nele previstos. É dizer, a eles não se aplica a sistemática reservada aos servidores públicos efetivos – artigo 40 da Carta Federal. Tampouco o diploma impugnado instituiu sistema compatível com a previdência privada, presente a vedação disposta no §3º do artigo 202 da Constituição da República.

Embora exerçam função pública essencial à administração da Justiça, descabe dizer que os integrantes das serventias não oficializadas são servidores públicos titulares de cargos efetivos. Então, o regime instituído mediante o artigo 40 da Lei Fundamental não os alcança ou qualquer outro profissional que, no âmbito privado, exerça atividade de interesse público. Precedentes: ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.791/PR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgada em 16 de agosto de 2006, e nº 575, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, apreciada em 25 de março de 1999. A óptica prevalecente ficou assim sintetizada:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 34, §1º, da Lei Estadual do Paraná nº 12.398/98, com redação dada pela Lei Estadual nº 12.607/99.

[...]

7. Inconstitucionalidade material que também se verifica em face do entendimento já pacificado nesta Corte no sentido de que o Estado-Membro não pode conceder aos serventuários da Justiça aposentadoria em regime idêntico ao dos servidores públicos (art. 40, *caput*, da Constituição Federal). 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

[...]

V. Tabeliães e oficiais de registros públicos: aposentadoria: inconstitucionalidade da norma da Constituição local que – além de conceder-lhes aposentadoria de servidor público – que, para esse efeito, não são – vincula os respectivos proventos às alterações dos vencimentos da magistratura: precedente (ADI 139, RTJ 138/14).
VI. Processo legislativo: reserva de iniciativa do Poder Executivo, segundo o processo legislativo federal, que, em termos, se reputa oponível ao constituinte do Estado-membro.

Assim, não podem os integrantes das serventias não oficializadas participar de previdência pública ou privada patrocinada por ente público, conforme a atual redação dos artigos 40 e 202, §3º, da Carta Federal. O artigo 51 da Lei nº 8.934, de 1994, nesse contexto, não foi recepcionado pela ordem constitucional decorrente das citadas emendas.

Ante o quadro, restaram à Carteira Previdenciária duas possibilidades: a adequação das fontes de custeio e das regras da Carteira ao regime complementar inaugurado com a reforma da Previdência ou a liquidação. Nenhuma das alternativas, entretanto, poderia desconsiderar o primado da segurança jurídica e as consequências que o respeito a esse princípio implica. Eis como me manifestei por ocasião do julgamento da ação direta nº 4.291:

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104/DF – relatora Ministra Cármen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 8 de novembro de 2007 –, consignei que, embora seja possível a modificação do regime jurídico em âmbito previdenciário, não cabe levar às últimas consequências essa admissão, sob pena de ingressar-se na seara do fascismo, com a supremacia, sem balizas, do próprio Estado.

A relação jurídico-previdenciária é tipicamente de longa duração. O participante de um plano de previdência, normalmente, só desfruta do benefício após extenso período de contribuição, tornando-se, à medida que corre o tempo, um cliente cativo da carteira. Afirmo isso porque, pressupondo o usual e não o teratológico, a desvinculação de um plano de previdência, depois de determinado período, resulta em prejuízo ao participante quando comparada à permanência, ainda que as contribuições sejam resgatadas. Com o passar dos anos, aumenta a situação de hipossuficiência. Alguém vinculado a um fundo, por vinte e cinco anos, por exemplo, ainda vê largo tempo diante de si para usufruir de qualquer benefício, mas, simultaneamente, terá enorme

desvantagem se se desvincular. Em consequência, a liberdade de escolha – sair ou manter-se no plano em razão da modificação de regras – é reduzida, e o Direito não o pode deixar ao desamparo.

Por outro lado, como toda relação jurídica de longa duração, a previdenciária é, de certo modo, aberta, por ser impossível prever, desde logo, todas as mudanças sociais, econômicas e científicas que poderão desequilibrar o vínculo e exigir adaptação. Ante as inúmeras situações passíveis de alterar o suporte fático sobre o qual a relação jurídica foi criada, a expectativa de alguma modificação de regras para restabelecer o equilíbrio entre direitos e obrigações é implícita, seja a relação de natureza contratual, seja estatutária.

A adequação, no entanto, não pode olvidar princípios como os da confiança, da solidariedade, da responsabilidade e da segurança. A par desse aspecto, ao avaliar a conformidade dessas mudanças com o Direito, o intérprete deve sempre indagar a quem competia, no vínculo, assumir o risco, pois, embora a restauração do equilíbrio financeiro e atuarial do plano previdenciário mostre-se um imperativo sistêmico, isso não quer dizer que o ônus deva recair sobre o participante.

Constatada a impossibilidade de cobrir o déficit atuarial, não implica inconstitucionalidade lei mediante a qual se colocou a Carteira em regime de liquidação extrajudicial. Não exigem os preceitos do §4º e cabeça do artigo 202 da Carta da República a edição de lei complementar para tanto, pois as normas a que aludem são as Leis Complementares nº 108 e nº 109, de 2011, voltadas a estabelecer regras gerais para o regime de previdência privado. Além disso, a criação ou a extinção de autarquia estadual não pressupõem lei complementar.

Contudo, a modificação da realidade, por mais grave, não se pode impor à força normativa da Carta da República. Uma coisa é afirmar a alteração ou a supressão de certo regime jurídico, respeitada a razoabilidade. Algo diverso é colocar em segundo plano direitos adquiridos e, digo mais, situações subjetivas já reconhecidas. Se formos ao inciso IV do §4º do artigo 60 da Carta Federal, constataremos uma dualidade: a proteção, no tocante a emendas, faz-se presente considerados direitos e garantias.

Assim, incumbe ressaltar, desde logo, que as novas regras instituídas pela norma impugnada são inaplicáveis a quem, na data da publicação da Lei estadual nº 13.549, de 2009, já estava em gozo de benefício ou já tinha cumprido, com base no regime instituído

pela Lei nº 10.394, de 1970, os requisitos necessários à concessão. É exigível a viabilidade do exercício do direito na forma como regulado antes da liquidação, ainda que se precise repassar verbas públicas do Estado de São Paulo para cobrir o déficit matemático.

Na extinção da Carteira de Previdência, como preconizado na norma atacada, não se pode desconsiderar o estreito vínculo existente, desde a criação, entre o Estado de São Paulo e o respectivo Fundo. Deve-se atentar para a singularidade do regime instituído. Surgiu, criado por lei, como um plano de previdência para os advogados do Estado. Posteriormente, apesar de transformado em típico regime especial de previdência complementar, continuou estritamente regulado por lei estadual. Além disso, a instituição gestora da Carteira dos Advogados paulistas sempre foi entidade pública, cuja responsabilidade pela inviabilidade financeira e jurídica descabe imputar aos participantes. Mesmo a norma atacada, por meio da qual se decretou a liquidação do Fundo, atribuiu a responsabilidade pela gestão da liquidação a ente da administração indireta daquele Estado.

Há situação previdenciária singular, criada e fomentada pelo próprio Poder Público, cuja modificação da realidade jurídica implicou a necessidade de liquidação do Fundo. O procedimento de liquidação, embora legítimo quanto ao fim, não o é quanto ao meio pelo qual implementado. Imputa aos participantes todo o ônus da preservação do equilíbrio financeiro, até o efetivo término da Carteira, olvidando-se que à Administração Pública incumbia também suportar o risco decorrente da modificação do ordenamento jurídico no transcurso dos anos. Não é o artigo 55, parágrafo único, da Lei estadual nº 10.394, de 1970, suficiente ao afastamento da responsabilidade, ante a natureza pública da principal fonte de custeio do Fundo – as custas – e a gestão histórica por ente da Administração Pública.

Não têm os participantes o dever jurídico de arcar com os prejuízos da ausência da principal fonte de custeio da Carteira, mesmo que a Administração Pública, no tocante à decisão de extingui-la, tenha atuado dentro dos limites da licitude. A lesão indenizável resulta dos efeitos da posição administrativa e das características híbridas do então regime previdenciário, e não propriamente da atuação regular ou irregular da Administração. É antiga a jurisprudência do Supremo sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito. Tal entendimento vem sedimentado no princípio basilar da igualdade, segundo o qual descabe imputar a particulares individualizáveis os encargos sociais

decorrentes da atuação administrativa implementada em prol de toda a coletividade. Em caráter exemplificativo, cito o acórdão atinente ao Recurso Extraordinário nº 113.587, relator Ministro Carlos Velloso, publicado em 3 de abril de 1992.

Ante o quadro, acolho parcialmente o pedido para:

a) declarar a inconstitucionalidade dos §2º e §3º do artigo 2º da Lei nº 13.549, de 2009, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado. Eis os dois preceitos:

Artigo 2º [...]

[...]

§2º - Em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades da administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira dos Advogados, nem tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.

§3º - É vedada a inclusão na lei orçamentária anual, bem como em suas alterações, de quaisquer recursos do Estado para pagamento de aposentadorias e pensões de responsabilidade da Carteira dos Advogados.

[...]

b) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante da norma impugnada, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da Lei, já estava em gozo de benefício ou já tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.394, de 1970, os requisitos necessários à concessão.

É o meu voto no tocante a ambas as ações diretas a do Partido Socialismo e Liberdade e a do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Como a transcrição deixa antever, revela-se clara a similaridade entre o objeto da citada ação direta nº 4.291 e o desta. Impõe-se, até mesmo em face do princípio da isonomia, solução equivalente. Ressalto que a filiação à Carteira das Serventias não Oficializadas do Estado de São Paulo era obrigatória.

Ante o exposto, acolho parcialmente o pedido formulado para:

a) declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, cabeça e §1º, da Lei nº 14.016, de 2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado. Eis os dois preceitos:

Artigo 3º É vedada a inclusão na lei orçamentária anual, bem como em suas alterações, de qualquer recurso do Estado para pagamento de benefícios e pensões de responsabilidade da Carteira das Serventias.

§1º. Em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades da administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira das Serventias, tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou por insuficiência patrimonial passada, presente ou futura.

[...]

b) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da Lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.393, de 1970, os requisitos necessários à concessão.

É o meu voto.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhora Presidente, eminentes Pares, eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, cumprimento os ilustres Advogados que ocuparam a tribuna.

Senhora Presidente, do exame que fiz da matéria, parti das mesmas premissas das quais o eminente Ministro-Relator também partiu, vale dizer, rejeitando as alegações de inconstitucionalidade formal e, no mérito, partindo da premissa de que, à luz do art. 236 da Constituição Federal, nós estamos aqui a examinar serviços notariais e de registros, que são exercidos em caráter privado, ainda que no interesse público. Portanto, essa premissa da qual o eminente Ministro Marco Aurélio partiu também levei em conta e, não por outra razão, também concluí que a lei do Estado de São Paulo que declarou em regime de extinção a carteira que está aqui em causa atende aos reclames da remansosa jurisprudência desta Corte.

O Ministro Marco Aurélio fez referência à ADI 4.291 e também à ADI 4.429. Na situação presente, Senhora Presidente, o caminho percorrido pelo eminente Relator foi o mesmo trilhado pela análise que de fato fiz. E, portanto, não havendo neste caso

direito adquirido a regime jurídico, inclusive, previdenciário, não me parece como objetar a extinção em si mesmo.

Todavia, também como o eminente Relator concluiu, entendo que o primado da segurança jurídica e do direito adquirido àqueles que já desfrutavam do benefício ou que preenchiam as condições há de ser uma situação jurídica que mereça evidentemente a preservação.

Portanto, a conclusão apresentada pelo eminente Relator no sentido de declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da lei, que traduz uma irresponsabilidade do estado – e é de flagrante inconstitucionalidade – está ao encontro de toda análise que fiz, bem como a proposição do eminente Relator de dar interpretação conforme à norma como um todo, no sentido de assegurar os reajustes devidos tanto àqueles que já estavam em gozo do benefício quanto àqueles que, na data da publicação da lei, já tinham cumprido os requisitos necessários à respectiva concessão.

Portanto, Senhora Presidente, sem mais me alongar, apenas faço essa breve digressão, para acompanhar integralmente o eminente Relator à luz, inclusive, da jurisprudência deste Tribunal.

É como voto.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, também eu acompanhei o voto do Ministro Marco Aurélio, com o qual estou de acordo, salvo uma pequena questão que vou apontar.

Não tenho nenhuma dúvida que uma nova lei previdenciária não pode afetar os direitos de quem já se aposentou. E, como é pacífica a jurisprudência, uma nova lei previdenciária tampouco pode afetar a situação jurídica de quem já preenche os requisitos para a obtenção da aposentadoria. Portanto, estou de pleno acordo com Sua Excelência.

Minha única pequena divergência é que a lei prevê novos critérios para reajustes futuros, e aí eu penso que não haja direito adquirido à manutenção de um regime jurídico anterior.

Eu não havia formulado tese porque esse caso é muito anômalo. Na verdade, é uma carteira que não é nem regime geral, nem regime próprio. Portanto, não é muito fácil afirmar uma tese geral numa situação assim tão peculiar. Mas a minha ideia aqui é que é constitucional a Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, ressalvado o seu art. 3º e ressalvada – eu vou formular melhor – a aplicação a quem já se aposentou e a quem já preenchia os requisitos para a aposentadoria.

Porém, não considero inconstitucional, Presidente, a previsão de critérios diversos de reajuste para o futuro, porque, do contrário, eu estaria assegurando direito adquirido a um regime jurídico.

Portanto, com essa pequena divergência, eu estou acompanhando a posição do Ministro Marco Aurélio.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o preceito que também afasto quanto àqueles que já estavam aposentados ou que tinham preenchido os requisitos para a aposentadoria é o seguinte:

Artigo 17 -

(...)

VII - suspender a aplicação de novos reajustes aos benefícios já concedidos, assim como a concessão de novos benefícios, enquanto não for demonstrado o equilíbrio atuarial da Carteira das Serventias, na forma dos artigos 12 e 51 da Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, com a redação dada por esta lei;

Premissa de meu voto: a partir do momento no qual digo que o Estado é responsável pela manutenção dos benefícios, afasto a condição imposta, de equilíbrio atuarial, ao assentar a responsabilidade do Estado. E este não está quebrado.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, quanto à inconstitucionalidade formal, eu acompanho o Relator, até pela suposição elementar de que, se essa carteira foi criada por lei estadual, seria muito estranho que uma lei estadual não pudesse ser modificada ou mesmo revogada pelo próprio Estado.

No que se refere à inconstitucionalidade material, não há dúvida de que os beneficiários não são servidores públicos efetivos. Isso fica muito claro pelo menos em relação àqueles beneficiários que foram contratados pelos titulares de serventias,

cujo regime é trabalhista. E a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas é do titular. Quanto aos titulares de serventias, o Supremo já reconheceu que não se trata de servidores públicos efetivos.

No caso análogo, na ADI 4.291, a preocupação do Tribunal era em relação à situação dos segurados que já houvessem implementado requisitos para obter o benefício. Para esse efeito, houve a procedência parcial da demanda, para assegurar o direito adquirido desses segurados.

Mas pelo que eu vi – eu gostaria até de ouvir o eminente Relator sobre isso –, no caso presente, a própria lei já assegura esse direito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Assegura, na dependência do equilíbrio atuarial, ou seja, teria de ter aporte dos beneficiários. No caso da carteira dos advogados, afastou-se essa obrigatoriedade. Entendeu-se que, pela administração pretérita, há a responsabilidade do Estado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – No caso desse precedente e também nesse caso presente, há duas determinações de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Primeiro: declarar a inconstitucionalidade da parte que reconhece a irresponsabilidade do Estado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Exato.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Quanto a isso, não há dúvida. Mas eu penso que, assegurado isso, no caso presente, talvez se pudesse dispensar a declaração conforme, para assegurar aos já titulares de benefícios os benefícios.

Mas, de qualquer modo, eu vou acompanhar Vossa Excelência nesse caso também porque será abundante essa declaração, que já está na lei, no meu entender.

Naquele precedente, também houve uma preocupação em relação àqueles que contribuíram por determinado tempo, mas não implementaram nenhum dos benefícios previstos na lei. Na oportunidade, Vossa Excelência, o Ministro Marco Aurélio, imaginou que tal situação devesse ser respondida pelas vias ordinárias, mediante indenização ou coisa semelhante.

Eu imaginei que talvez fosse o caso de se reconhecer, para o efeito de se evitar essas demandas individuais, uma declaração conforme, assegurando a esses que não implementaram todos os requisitos a garantia da contagem do tempo de serviço, nos termos do §9º do art. 201 da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não estaria na responsabilidade do Estado. Passaria a ser responsabilidade da Previdência Geral.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Mas seria de responsabilidade do Estado sim. Isso talvez pudesse ficar mais esclarecido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então Vossa Excelência vai além do que o Supremo foi no precedente?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Pois é. Enfim, eu estou colocando isso. Naquela oportunidade, simplesmente se disse: isso se resolve pela via da responsabilidade civil. Eu penso que há uma solução pela via previdenciária, que é essa do §9º:

Art. 201 (...)

§9º - Para efeito de aposentadoria é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente (...).

Quer dizer, o Estado ficaria responsável por essa compensação financeira.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Veja, Ministro, jamais decidimos no tocante a essa matéria, mesmo em outras situações mais favoráveis quanto a essa reciprocidade e responsabilidade dos sistemas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Também porque aqui eles são delegatários, mas não são servidores. E o servidor contratado por ele, como Vossa Excelência acaba de dizer, não é servidor público, é um empregado do próprio notário.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Veja, Excelência, parece-me que isso é coerente com a conclusão que nós estamos tirando. Se nós estamos dizendo que, apesar de não serem servidores efetivos, o Estado vai ser responsável pelo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eles eram obrigados a aderir à carteira.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Aqui havia uma obrigatoriedade que no outro caso não há.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Inclusive os outros que não preencheram os requisitos. Eu iria, então, mais além um pouco do eminente Relator, para, além da declaração conforme em relação aos que adquiriram o benefício, reconhecer aos que não adquiriram o direito a benefício, facultar-lhes o direito à contagem de tempo de serviço nos termos do §9º do art. 201.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Naquele caso que envolveu a carteira dos advogados, se não me falha a memória, houve embargos declaratórios. E não foi acolhido esse pedido.

Colocou-se a situação daqueles que ainda não tinham condições, mas já tinham contribuições recolhidas. Por isso, afirmou-se que a controvérsia teria que ser resolvida caso a caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Deixe-me entender a proposta do Ministro Teori. Seria a possibilidade de ele levar o tempo dele nesta carteira para o Regime Geral?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Sob a responsabilidade do Estado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Parece-me razoável. Eu não havia pensado nisso, mas me parece razoável.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro Teori, eu estou entendendo que Vossa Excelência está acompanhando o Ministro-Relator.

Essa era a minha intenção também, de formular, modestamente, uma tese dizendo: é inconstitucional o art. 3º da lei em questão, assim como o §1º, no que se refere àqueles que já estão aposentados, e também com relação aos que já preencheram os requisitos a tanto, e mais agora àqueles que se enquadrem na situação do §9º do art. 201 da Constituição.

Nós demos um passinho a mais, dizendo que o Estado, sim, se responsabiliza por estes também que foram obrigados a aderir...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ou garante a contagem do prazo, que é a proposta dele.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Exatamente, porque os sistemas se compensam entre si. Então, esse art. 3º impede essa compensação dos sistemas entre si. Parece-me, *data venia*, bastante razoável essa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No passado, ao enfrentar essa matéria da compensação, o Supremo proclamou que teria de vir lei que a previsse. Fiquei vencido em outros casos, porque entendi pela incidência imediata do preceito constitucional, a prever, inclusive, a compensação entre os sistemas.

Como fui Relator de situação jurídica que envolveu a carteira dos advogados e decidiu-se com essa limitação constante do voto que acabei de ler, permaneço nessa posição, até mesmo para atender ao princípio da isonomia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Se me permite, Ministro Marco Aurélio, a vantagem da sugestão do Ministro Teori é evitarmos conflitos futuros. Quer dizer, com uma decisão que me parece que está dentro do contexto daquilo que estamos discutindo, nós podemos evitar milhares ou centenas de milhares de ações judiciais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Só um esclarecimento: estou vendo que na Lei Federal nº 8.935/94 foi dada a opção de os segurados desses regimes permanecerem nessa carteira ou irem para o Regime Geral da Previdência Social. Depois da lei de 94, não era mais obrigatória a filiação a essa carteira, era possível ir para o Regime Geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A preocupação do ministro Teori Zavascki é com o fato de que, à época da lei, declarando extinta a carteira, havia outros integrantes que ainda não tinham alcançado as condições para a aposentadoria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Na parte final do voto de Vossa Excelência, não tinha ainda essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Fazer o intercâmbio do tempo de contribuição. Parece ser interessante.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas o que me assoma são duas dúvidas. A primeira é de que aqui consta dos autos que essa carteira foi dissolvida por indicação do Ministério da Previdência e Assistência Social, com a recomendação que se desse gradativamente de forma a atender até o último beneficiário; e o art. 202, §3º, da Constituição Federal – porque aqui é um regime de previdência privada de caráter complementar – diz:

§3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista [...]

Quer dizer, como a lei garante que até o último beneficiário vai ser pago e é vedado o aporte de recursos do estado, eu estou entendendo que ou a gente dá uma interpretação conforme a Constituição – que é o parecer do Ministério –, exclui a responsabilidade estatal e garante aos que já cumpriam os requisitos, que podiam se aposentar e não se aposentaram, e os já aposentados...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Que o Ministro-Relator está garantindo, a interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Paro nesse ponto. Não adentro a questão daqueles que, quando da lei que extinguiu a carteira, ainda não tinham atendido aos requisitos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Porque a lei diz que eles vão ser atendidos. Então, eu vou parar também nessa parte, porque a lei diz que será atendido até o último.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Está garantido pela decisão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Então, não haverá necessidade de aporte do Estado, porque o art. 202, §3º, veda esse aporte de recursos públicos na previdência privada complementar. Nós estamos dando uma solução, vamos dizer assim, para não deixarmos à deriva esse pessoal remanescente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Que não atingiu, que não cumpriu os requisitos. É a proposta do Ministro Teori.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Mas a lei diz que vai até o último e a Constituição veda esse aporte. Então, o parecer do Ministério Público é no sentido de que se deve garantir aos que já tinham cumprido os requisitos e não se aposentaram, não se mexe nos já aposentados e não há responsabilidade estatal nenhuma, porque a própria lei já prevê que será atendido até o último.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Até o último, mas não integralmente. Quer dizer, ele terá que contribuir continuamente, é isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Sem dúvida, sem dúvida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Porque ele não tem ainda os requisitos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Então se extingue paulatinamente, não é?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Paulatinamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O ministro Teori está propondo que se reconheça o tempo de serviço para o fim de poder ele aposentar-se no Regime Geral da Previdência Social, é isso?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – A faculdade, não é? Porque ele pode ficar na carteira se ele quiser ou, se achar que a carteira vai furar, ele pode migrar para o Regime Geral.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Levando o tempo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Levando o tempo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Mas não sei se a carteira assegura algum direito a essas pessoas que não adquiriram o direito ao próprio benefício.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – A carteira continua existindo; ela pode é se tornar insolúvel.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Não, ela continua existindo para saldar direitos já adquiridos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Já adquiridos. Ela não continua mais.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Nós estamos falando aqui de quem não adquiriu o direito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Quanto aos já adquiridos, o Estado tem responsabilidade. É isso que o Ministro Marco Aurélio afirmou e nós estamos endossando.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas ela vai-se dissolver para esses outros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Quanto aos que lá já estão, se ela não for solúvel, ele pode migrar e levar o tempo para o Regime Geral. Não é essa a proposta de Vossa Excelência, Ministro Teori?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – A minha proposta, em suma, é o seguinte: eu vou acompanhar o eminente Relator e, quanto aos segurados que não implementaram os requisitos, eu também daria uma interpretação conforme, para garantir-lhes a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 201, §9º, da Constituição, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras dessa compensação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Do período que eles estavam. Então, na verdade, no item 2 do voto do Ministro-Relator, que confere interpretação conforme a Constituição para, no restante à norma impugnada, proclamar que as regras não se aplicam a quem, na data da aplicação, já estava em gozo do benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.393/70, os requisitos necessários à concessão. Garante-se àqueles que não tivessem cumprido – aí é o acréscimo de Vossa Excelência – a possibilidade de aproveitamento desse tempo nos termos do §9º do art. 201 da Constituição, é isso?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Ficando o Estado, obviamente, responsável pelas decorrências financeiras dessa compensação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Sim, a regra constitucional do art. 201, §9º, é essa.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – É exatamente isso, é assim que eu voto, então, divergindo apenas nessa parte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – No acréscimo?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – É.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, eu estou de acordo. Vossa Excelência falou em faculdade. Porque a carteira não é extinta, eles continuam contribuindo, portanto tem que ser uma opção ficar na carteira ou ir para o outro regime. Se é isso que eu acho que está dito, eu estou de acordo com essa forma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Vossa Excelência está acompanhando, portanto?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Vossa Excelência falou facultado, não foi isso?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Conferir a interpretação concluindo que as regras não se aplicam a quem, na data da aplicação, já estava no gozo do benefício ou tinham cumprido, com base no regime da lei, os requisitos necessários à concessão. O Ministro, então, no voto dele, acrescenta que, sendo possível, é facultado o aproveitamento desse período, nos termos do §9º do art. 201.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Fux, eu acho que essa forma do Ministro Teori é justa porque, se a carteira quebrar, nós estamos assegurando a alternativa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – E até porque, como a nova lei veda qualquer aporte a essa carteira, o destino é realmente precário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Em algum momento ela vai se tornar insolvente. Portanto, eu reajusto para acompanhar o Ministro Teori.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, eu acompanho o eminente Relator, com o adendo do Ministro Teori, no sentido de dar interpretação conforme, benéfica a justamente aqueles que ainda não haviam implementado os requisitos.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, em um primeiro momento, realmente, essas são as regras básicas. E, aqui, inclusive, a eminente advogada, da Tribuna, reafirmou que o plano vai implementar até o último beneficiário. Mas, efetivamente, se é para proteger o segurado, os votos dos Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki se complementam. Então, por via das dúvidas, vale a pena deixar uma decisão sólida no sentido de proteger os eventuais segurados se a caixa se tornar insolvável. Então, eu vou acompanhar. Ambos estão com a razão.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, na ADI 4.429, referente à carteira dos advogados, eu acompanhei o voto do Relator, exatamente, pelo que entendi, no mesmo sentido que

Sua Excelência vota neste caso. Assim, eu vou acompanhar o Ministro **Marco Aurélio**, pedindo vênua em relação às pequenas divergências que foram trazidas em outros votos.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S): AFONSO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTES E EXCONTRIBUINTES À CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ACONCAPRE

ADV.(A/S): GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA E OUTRO(A/S)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Penso, Presidente, a conclusão delineada implica dizer da responsabilidade do Estado, também, pela situação, à época, daqueles que não tinham atendido ainda os requisitos para alcançar o benefício. É passo que não dou. Apenas reconheço a situação jurídica constituída pelo atendimento das condições e, também, pelo fato de alguns já virem, à época da lei, gozando os benefícios.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhora Presidente, se me permite. Como o debate recebeu as sugestões do Ministro Barroso e do Ministro Teori, eu só estou explicitando, na linha do que o Ministro Dias Toffoli acaba de mencionar, que estou mantendo a posição de acompanhar integralmente o Ministro Marco Aurélio. Se não fosse por outros fundamentos, as circunstâncias que me parecem – até onde examinei a matéria – é que essas achegas que são sugeridas – e certamente vêm ao encontro de traduzir uma solução ao caso concreto – não restaram objeto de uma discussão nesta própria ação direta de inconstitucionalidade.

Não estou querendo elevar a uma cláusula pétrea o óbice do art. 10 do novo Código de Processo Civil, mas, de qualquer sorte, sem alguma controvérsia entre as partes e algum pedido que permita agasalhar as circunstâncias, eu tenho a mesma cautela que o eminente Ministro Relator está a evidenciar, sem embargo em situação futura, quiçá até neste feito mesmo, em momento processual distinto, possa-se avançar. Mas, neste momento, estou explicitando, pedindo vênias à divergência pontual, que estou acompanhando, no limite, o eminente Relator.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S): AFONSO HENRIQUES MAIMONI E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTES E EXCONTRIBUINTES À CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ACONCAPRE

ADV.(A/S): GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA E OUTRO(A/S)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto à Previdência, Presidente, apenas faço uma ponderação.

Quando tivemos a modificação da aposentadoria dos servidores no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, a Carta da República previu a manutenção do estado anterior. Foi preciso preceito constitucional para assegurar o direito dos que ainda não tinham atendido aos requisitos.

Nesse caso concreto, estar-se-á dando passo adiante, sem qualquer previsão de índole maior, constitucional. Estar-se-á dizendo que aqueles que contavam, à época, com simples expectativa de direito terão esse direito assegurado pelo próprio Estado. Não dou esse passo. Limito-me às situações jurídicas devidamente constituídas, à época da extinção da carteira.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, só para esclarecer duas coisas.

Quanto à objeção do Ministro Fachin, a interpretação conforme que foi dada pelo Ministro-Relator também não era, a rigor, objeto de pedido. O que se pediu foi a inconstitucionalidade total da lei. Deu-se uma interpretação conforme, que é o *minus* em relação à declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Daí a procedência parcial.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Procedência parcial.

Então, eu não vejo nenhum óbice de natureza processual para ampliar um pouco essa declaração conforme, relativamente aos que não implementaram requisitos. Isso em primeiro lugar.

E, quanto à observação do Ministro Relator, agora, quero dizer que esse direito que se assegura aos que não implementaram não é o direito ao benefício, é apenas o direito à contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência. Só isso.

16/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, eu acompanho integralmente o Ministro-Relator, que trouxe um belíssimo voto, com o qual concordo plenamente, mas eu penso que é de bom alvitre adotarmos também a sugestão do eminente Ministro Teori, não apenas porque nós vamos evitar conflitos futuros – e as nossas caixas de *e-mails* estão cheias de cartas de serventuários que se submeteram a esse regime especial, que estão manifestando a sua perplexidade com relação ao futuro. Eu acho que é uma boa oportunidade de nós resolvermos esse problema definitivamente.

Eu entendo, também, por outro lado, embora o Ministro Fux tenha evoluído, que o art. 202 não se aplica integralmente à hipótese naquilo que diz que o Estado não poderá, de forma nenhuma, promover qualquer tipo de aporte financeiro à previdência privada, porque o art. 202 trata de “previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social (...)” Nesse caso, nós estamos diante de um regime previdenciário de natureza obrigatória, ao qual se submetiam esses serventuários e notários à época.

Portanto, eu acompanho integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, mas com a complementação feita agora pelo Ministro Teori Zavascki.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Também, Presidente, acompanho o voto do ministro Marco Aurélio, na linha do que já foi aqui preconizado por ele e pelos vários colegas, mas entendo que o ministro Teori feriu ponto e perplexidade que não se resolvem no âmbito do princípio do direito adquirido, como não se resolvem no âmbito do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, porque ou temos direito adquirido, ou não temos direito adquirido. Esse é o grande problema.

Portanto, se alguém preencheu os requisitos para aposentar-se, ou já se aposentou, não pode ser atingido. Mas alguém que se encontra prestes a aposentar-se, ou está nesse processo – e pode faltar cinco anos, pode faltar um dia –, no quadro de mudança, não preencherá os requisitos.

O que Sua Excelência está trazendo, na verdade, nada mais é do que a aplicação do princípio de segurança jurídica nesses casos em que, havendo perplexidade, se diz: a aposentadoria, se não se der mais pelo sistema atual, e não puder dar-se, dar-se-á pelo Regime Geral da Previdência Social, que a lei geral dos cartórios já admite, expressamente, e terá o Estado de assumir a responsabilidade para fazer eventuais complementações, pagamentos, ajustes que terão de ser feitos junto à Previdência Geral.

Na verdade, é um dilema que se coloca muitas vezes e que, talvez, obrigasse o legislador a fazer uma lei, a complementar, porque o que Sua Excelência está apontando é que na solução adotada faltou disposição de índole transitória para regular a situação daqueles que não se enquadram no universo do direito adquirido, porque é uma solução de tudo ou nada, na verdade, é uma regra, mas que são apreendidos pela realidade. De fato, como comparar um sujeito que entrou ontem no Sistema e o que já está... Veja, esse tempo não é mais suscetível de recuperação. Se amanhã – e tudo indica – o Fundo deixa de garantir esse tipo de aposentadoria, essas pessoas ficam sem alternativa. Isso vai elevar a litigação – o ministro Lewandowski já apontou isso –, certamente que vai demandar tempo, que muitas vezes não responde mais às necessidades dessas pessoas, porque, de início, estarão sem qualquer proteção. E não se trata de pessoas que tenham tempo de fazer uma nova opção, uma vez que podem estar com tempos avançados no Sistema. O que Sua Excelência, na verdade, nos apontou, de maneira bastante clara, foi a...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Penso que o ministro Ricardo Lewandowski pode ter entendido de forma diversa. O ministro Teori Zavascki apenas assegura o direito na migração para o sistema da Previdência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sim, é isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não assenta a responsabilidade do Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Assentou isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Assento sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Assentou.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Não, porque é o cômputo do tempo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não assenta a responsabilidade do Estado quanto ao benefício.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não, não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Não, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Então, entendi bem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. O que Sua Excelência assenta é a responsabilidade do Estado em face da Previdência Geral.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Fazer o ajuste financeiro da compensação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Em termos de compensação, nos termos do §9º do art. 201.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – É o cômputo do tempo, para que ele não fique no limbo administrativo previdenciário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ministro, o que Sua Excelência assenta é a responsabilidade do Estado em face da Previdência Geral, quer dizer, se houver a complementação de contribuições. É isso que Sua Excelência está assentando. Não é o modelo, o regime. O que entendi foi que ele está assentando a responsabilidade do Estado...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Na verdade, Ministro Gilmar, parece-me, se o Ministro Teori puder me dizer se está claro, o que se tem é apenas a reafirmação – não é um *plus* em relação a pedido – de que aqueles que não estiverem já no gozo do benefício, ou já adquirido as condições para tanto, que é o que está ressalvado no voto do Ministro...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na época da lei que declarou em liquidação a carteira.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Exatamente. Aqueles que não tiverem atingido...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ou seja, fica essa sinalização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A sinalização também alcança a cessação da contribuição dos que ainda não atenderam aos requisitos.

Porque, se eles continuarem contribuindo para o regime extinto, terão direito, a certa altura, aos benefícios da legislação respectiva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Não. Eles vão levar, porque este regime já está em fase de transferência para o outro, nos termos apontados pelo Ministro Teori. Não é isto Ministro?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – É exatamente isto. Então, é o cômputo do tempo que nós estamos garantindo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – O cômputo do tempo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Em outras palavras, eu estou me referindo àqueles segurados que, no precedente, o Tribunal determinou que se resolvesse pelas vias ordinárias. Em relação a eles que eu daria uma interpretação conforme, para assegurar a contagem do tempo de contribuição para fins de Regime Geral da Previdência, estando o Estado responsável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E não os benefícios da legislação revogada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Não. É exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. O Regime Geral da Previdência, com a responsabilidade do Estado em relação a eventuais complementações.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Considerado o regime de previdência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Pagamento ao Regime Geral da Previdência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – É, a compensação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Mas pelo período que ele estava lá.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Isso é que precisa, Presidente – penso –, ficar bem explícito no acórdão, não é? Será redigido, creio, pelo ministro Teori Zavascki.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ele levará o tempo e os valores contribuídos. Estes são os direitos que ele tem, certo?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Quanto aos valores, evidentemente que serão considerados na Previdência os valores que ele teve de contribuição, nos termos do art. 209, §9º.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Mas o ponto fundamental é o tempo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Em vez de evitarem-se ações, provocaremos o surgimento de “n” ações, inclusive para saber se existe ou não direito à devolução.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ministro Gilmar, então Vossa Excelência está acompanhando o Relator, mas com os acréscimos?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É.

16/11/2016
PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420 / SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Voto com o Ministro-Relator, porém com as achegas do Ministro Teori.

PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.420

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

ADV.(A/S): AFONSO HENRIQUES MAIMONI (67793/SP) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS CONTRIBUINTES E EX-CONTRIBUINTES À CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ACONCAPRE

ADV.(A/S): GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (130183/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar: a) a inconstitucionalidade do art. 3º, cabeça, e §1º, da Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; b) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão;

c) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, §9º, da Constituição Federal, ficando o Estado responsável pelas decorrências financeiras da compensação referida, vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram, pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Dr. André Maimoni e, pelo Estado de São Paulo, a Dra. Paula Nelly Dionigi, Procuradora do Estado. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.710.674 / MINAS GERAIS
(2017/0306192-0)**

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: AIEDICSON OSORIO CARVALHO SANTOS

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. EXECUÇÃO PENAL. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM PRISÃO DOMICILIAR, QUANDO INEXISTENTE VAGA NO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ADEQUADO AO EXECUTADO OU ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O PREVISTO EM LEI. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 641.320/RS.

1. *Recurso representativo de controvérsia*, para atender ao disposto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ nº 8/2008.

2. *Delimitação da controvérsia*: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

3. *TESE*: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta

de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

4. Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, por ocasião do julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso” e que “Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto)” (art. 33, §1º, alíneas b e c).

Concluiu, ainda, que, na ausência de vagas ou estabelecimento prisional adequado na localidade, o julgador deve buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Observou, entretanto, que, até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado e que a adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado.

5. Somente se considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva, como alternativa à ausência de vagas no regime adequado, quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo.

Não há óbices à concessão de prisão domiciliar com monitoração eletrônica ao sentenciado em regime semiaberto, quando não há vagas no regime específico ou quando não há estabelecimento prisional adequado ou similar na localidade em que cumpre pena.

6. Não há ilegalidade na imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de cumprimento de pena adequado, tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE nº 641.320/RS.

7. CASO CONCRETO: Situação em que o reeducando cumpria pena em regime semiaberto e obtivera, do Tribunal de Justiça, o direito de cumpri-la em prisão domiciliar, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da execução. Entretanto, após a afetação do presente recurso especial, obteve progressão de regime para o aberto e, atualmente, cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições.

8. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, em parte, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS.

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 maioria, dar parcial provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, fixando a seguinte tese: “A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados

em regime aberto”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que julgavam prejudicado o recurso especial. Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

O Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrente.

A Dra. Alessa Pagan Veiga (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.710.674 / MG (2017/0306192-0)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: AIEDICSON OSORIO CARVALHO SANTOS

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local que deu provimento ao agravo em execução penal da defesa, para reconhecer o direito do detento de cumprir sua pena em prisão domiciliar, até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

A ementa do acórdão recorrido é a seguinte (e-STJ fl. 51):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGIME SEMIABERTO – PRISÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO – EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA – SÚMULA 56 STF – RECURSO PROVIDO.

Nos termos da súmula vinculante nº 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo excepcionalmente permitida a prisão domiciliar. Precedentes RE 641320.V.V. 1. As hipóteses de prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal, são taxativas, e, não estando o sentenciado inserido em nenhuma nelas, inviável a concessão de tal benefício.

(Agravo em Execução Penal nº 1.0433.16.016719-6/001 ou nº 0051766-65.2017.8.13.0000, Rel. Desembargador JÚLIO CÉSAR LORENS, 5ª Câmara Criminal do TJ/MG, maioria, julgado em 28/09/2017, DJ de 03/04/2017)

Interpostos embargos de declaração pelo MP-MG, foram rejeitados (e-STJ fls. 72/80).

Nas razões do recurso especial, fundado na alínea *a* do inciso III do art. 105 da CF, o *Parquet* estadual aponta violação dos artigos 112, 113, 114 e 117 da LEP e do artigo 35 do CP.

Argumenta, em síntese, que “O Tribunal mineiro, embora reconheça, expressamente, que o caso em análise não encontra guarida nas hipóteses revistas no art. 117 da Lei de Execução Penal, entendeu, ainda, por relativizar a referida norma legal em razão de ausência de vaga em estabelecimento penal adequado para o regime semiaberto, mantendo a concessão da prisão domiciliar ao apenado em cumprimento de pena no regime semiaberto” (e-STJ fl. 95). Teria, assim, desconsiderado o entendimento desta Corte Superior que somente admite a concessão de prisão domiciliar nas hipóteses previstas em lei. Faz alusão, no ponto, ao AgRg no HC 234.583/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

Aduz que não foram observados os parâmetros fixados no RE 641.320/RS, que deu origem à súmula vinculante nº 56 segundo a qual “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Tais parâmetros são os seguintes: verificar “a possibilidade da saída antecipada de condenado no regime com falta de vagas; da concessão da liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas, e, por último, do cumprimento de penas restritivas de direito e/ou de estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto” (e-STJ fl. 97).

Defende, assim, que “A prisão domiciliar não é um direito público subjetivo do réu a ser concedido de imediato. Ela pode até vir a ocorrer, mas há necessidade, primeiramente, de cumprir o escalonamento alhures mencionado, a que se refere a súmula vinculante” (e-STJ fl. 98).

Pede, portanto, o MPMG o provimento do recurso especial *para que seja cassada a decisão que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP.*

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 105/110), o recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia, por decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (e-STJ fl. 112).

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 124/131), em parecer assim ementado:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS, QUE APONTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 112, 113, 114 E 117, DA LEP E 35, DO CÓDIGO PENAL.

MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA E QUE NÃO DEMANDA A ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA, TENDO SIDO PREENCHIDOS OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE PARA O CONHECIMENTO DO RECURSO.

IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR, COMO PRIMEIRA OPÇÃO, SEM PRÉVIA OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS TRAÇADOS NO RE 641.320/RS.

PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ante a possibilidade de afetação do tema, delimitada a questão de direito a definir "(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS" (e-STJ fl. 231/234), determinou, após manifestação do Ministério Público Federal, a distribuição do recurso.

Em sessão de julgamento de 10/04/2018, a Terceira Seção desta Corte deliberou afetar o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-C) e suspender o processamento de todos os recursos especiais e agravos em recurso especial, que versem acerca da questão delimitada e que tramitem no território nacional, em acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR ANTE A INEXISTÊNCIA DE VAGA NO ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME IMPOSTO. APLICAÇÃO DO NOVO

ENTENDIMENTO DO STF ADOTADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 641.320/RS).

1. Delimitação da controvérsia: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-Ido RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

(ProAfR no REsp 1.710.674/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2018, DJe 23/04/2018)

Sendo desnecessárias, no caso concreto, outras informações do Tribunal de origem, foi ouvido novamente o Ministério Público Federal, em atenção ao disposto no art. 256-M do Regimento Interno do STJ, que se manifestou (e-STJ fls. 163/171) pelo provimento do especial em parecer assim ementado:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS, QUE APONTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 112, 113, 114 E 117, DA LEP E 35, DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. PRISÃO DOMICILIAR.

EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. SÚMULA 56 DO STF. MATÉRIA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA E QUE NÃO DEMANDA A ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA, TENDO SIDO PREENCHIDOS OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE PARA O CONHECIMENTO DO RECURSO.

PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO COM A FIXAÇÃO DA SEGUINTE TESE A SER APLICADA NOS CASOS REPETITIVOS: A AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO AO REGIME PRISIONAL DETERMINADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO IMEDIATA DA PRISÃO DOMICILIAR, PORQUANTO, NOS TERMOS DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56 DO STF, É IMPRESCINDÍVEL QUE A ADOÇÃO DE TAL MEDIDA SEJA PRECEDIDA DAS PROVIDÊNCIAS ESTABELECIDAS NO JULGAMENTO DO RE 641.320/RS.

PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Converti o feito em diligência para solicitar informações do Juízo da execução a respeito do atual andamento do cumprimento da pena pelo executado.

Em resposta, o Juízo de Direito da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal do Júri da Comarca de Montes Claros informou que “O paciente foi progredido ao regime aberto, com concessão de prisão domiciliar no dia 30/05/2018” (e-STJ fl. 180), mediante condições (ver decisão às fls. 228/229) que não incluem o uso de tornozeleira eletrônica.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.710.674 / MG (2017/0306192-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Questiona-se, nos autos, se a concessão de prisão domiciliar ao detento (sem tornozeleira eletrônica), diante da ausência de vagas e/ou de estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em determinado regime, como primeira opção, obedece aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, sob o rito da repercussão geral.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Como já se mencionou no julgado que deliberou sobre a afetação do presente recurso, a matéria em questão é exclusivamente de direito, estando devidamente preenchidos os requisitos de admissibilidade do especial.

Mesmo se levando em conta a recém-progressão do executado para o regime aberto (cf. informação do Juízo da Vara de Execuções Criminais e do Tribunal do Júri da Comarca de Montes Claros às fls. 228/229 – execução de pena nº 0167196-61.2016.8.13.0433), tenho que não deixou de haver interesse no julgamento do recurso, posto que, mesmo no regime aberto, ante a ausência de Casa de Albergado na Comarca, o reeducando foi posto em prisão domiciliar, na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte.

Foi determinado ainda que o reeducando cumprisse as seguintes condições:

- 4) comparecer ao PRESP mensalmente para justificar suas atividades, no período compreendido entre os dias 20 a 30 de cada mês, quando será colhida sua assinatura em termo próprio.

- 5) não fazer uso de bebida alcoólica e de drogas e não frequentar bares, restaurantes, boates e casas noturnas nem se envolver em ocorrências policiais;
- 6) comunicar a secretaria desta vara eventual mudança de endereço residencial e de trabalho;
- 7) não se ausentar desta comarca sem autorização deste Juízo;
- 4) comparecer ao PRESP mensalmente para justificar suas atividades, no período compreendido entre os dias 20 a 30 de cada mês, quando será colhida sua assinatura em termo próprio.
- 5) não fazer uso de bebida alcoólica e de drogas, e não frequentar bares, restaurantes, boates e casas noturnas, nem se envolver em ocorrências policiais;
- 6) comunicar a secretaria desta vara eventual mudança de endereço residencial e de trabalho; 7) não se ausentar desta comarca sem autorização deste Juízo;
- 7) não se ausentar desta comarca sem autorização deste Juízo;

A propósito, recorde-se que o MPMG pede o provimento do recurso especial para que seja superada a decisão *que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP.*

Remanesce, assim, no meu entender, o interesse recursal na discussão do tema.

DO MÉRITO

DO EXAME DA QUESTÃO EFETUADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao examinar a questão do cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de não existir vaga em estabelecimento adequado ao regime em que está efetivamente enquadrado o reeducando, no julgamento do RE 641.320/RS, o Supremo Tribunal Federal assentou que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”.

Concluiu, ainda, que, diante de tais situações, o julgador deveria buscar aplicar as seguintes alternativas, em ordem de preferência: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. *Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.*

A ementa do acórdão em questão está assim redigida:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia.

2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos

administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.

7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94.

8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

(RE 641.320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Em voto no qual examina em detalhe a situação dos que cumprem pena em regime semiaberto e aberto no Brasil, com base em estatísticas do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça de 2014, que apontam para a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto em 17 (dezesete) unidades da federal e para um déficit de vagas nos regimes semiaberto e aberto da ordem 210.000 (duzentas e dez mil) vagas – cerca do triplo das vagas atualmente existentes (são 74.248), o Relator, Min. GILMAR MENDES, estabelece como premissa que o sentenciado não pode ser mantido em regime mais gravoso do que tem direito e propõe o seguinte enunciado de súmula vinculante:

O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução.

Quando discorre sobre a *prisão domiciliar pura e simples*, seja dizer, aquela que proíbe que o executado deixe a residência em qualquer momento, o Relator pondera ser ela “uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia”. Isso porque, no seu entender, a par das dificuldades que o preso pode vir a ter para providenciar uma casa na qual seja acolhido e para auxiliar no seu sustento, já que as possibilidades de trabalho sem sair do ambiente doméstico são limitadas, há que se levar em conta que, “Em casos de crimes que tenham os membros da família como vítima, pode-se criar nova situação de risco, tornando a pena insuficiente para proteger as vítimas. Por outro lado, os associados para a prática de crimes passam a ter total acesso ao condenado. Eventuais restrições de movimentação não se estendem à comunidade, que não fica proibida de frequentar a casa na qual a pena é cumprida”. Defende, assim, que “a execução da sentença em regime de prisão domiciliar é mais proveitosa se for acompanhada de trabalho”, devendo ser acompanhada de “monitoração eletrônica dos sentenciados, especialmente os do regime semiaberto”, na forma do art. 146-B, II e IV, da Lei nº 7.210/84. Ressalta, entretanto, o Relator: “Não descarto sua utilização, até que sejam estruturadas outras medidas, como as que serão propostas neste voto” (grifei).

Passa, então, a propor as seguintes medidas como possíveis soluções contingenciais para o problema da falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto: (i) saída antecipada; (ii) liberdade eletronicamente monitorada; (iii) penas restritivas de direito e/ou estudo.

Salienta, no entanto, que “A adoção de uma solução alternativa não é um direito do condenado”.

No tocante à *saída antecipada*, esclarece que “O sentenciado do regime semiaberto que tem a saída antecipada pode ser colocado em liberdade eletronicamente monitorada; o sentenciado do aberto, ter a pena substituída por penas alternativas ou estudo”.

Sugere que “A saída antecipada deve ser deferida ao sentenciado que satisfaz os requisitos subjetivos e está mais próximo de satisfazer o requisito objetivo. Ou seja, aquele que está mais próximo de progredir tem o benefício antecipado. Para selecionar o condenado apto, é indispensável que o julgador tenha ferramentas para verificar qual está mais próximo do tempo de progressão”.

Explicitando seu pensamento sobre a *liberdade eletronicamente monitorada*, aplicável tanto ao regime aberto quanto ao semiaberto, o Relator esclarece que “melhor do que a pura e simples prisão domiciliar, é a liberdade eletronicamente vigiada, ficando o sentenciado obrigado a trabalhar e, se possível, estudar, recolhendo-se ao domicílio nos períodos de folga”.

Reconhece, por outro lado, a existência, na atualidade, de dificuldades para o acompanhamento da medida, de forma que se possam estabelecer rotas e horários nos quais o trânsito do executado será permitido, mas acredita que a evolução tecnológica poderá vir em auxílio do juízo da execução no ponto. Por fim, dissertando sobre as *penas restritivas de direito e/ou estudo*, pondera:

Atualmente, as penas restritivas de direito são aplicáveis apenas de forma autônoma – art. 44 do CP. Não há progressão, no curso da execução penal, de uma pena privativa de liberdade para penas restritivas de direito. No entanto, ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar.

De modo geral, não vislumbro boas razões para preferir manter o sentenciado que progride ao regime aberto em prisão domiciliar, em vez de impô-lhe penas alternativas. Se o sentenciado que já demonstrou ter condições para o regime aberto está disposto a prestar serviços à comunidade, por exemplo, não há razões para mantê-lo preso em casa. As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pela reserva de legalidade – art. 5º, XXXIX.

(...)

O estudo dá ensejo à remição da pena (art. 126 da Lei nº 7.210/84) e torna o sentenciado uma pessoa mais produtiva. Assim, a obrigação de frequentar educação formal regular – ensino fundamental, médio ou superior – pode ser imposta no lugar de uma pena restritiva de direitos.

Por fim, o Relator sumariza assim suas conclusões:

a) A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

b) Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas b e c);

c) Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao

d) Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

Importante reiterar que essas medidas não pretendem esgotar as alternativas que podem ser adotadas pelos juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e estabelecimento podem recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções.

Tenho por conveniente confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas.

Ao final, propõe a estruturação de centrais de monitoração eletrônica, para acompanhamento da medida, assim como centrais para o acompanhamento do cumprimento de penas restritivas de direito, além do fomento de programas de trabalho e de estudo na prisão, além, é claro do aumento do número de vagas nos regimes aberto e semiaberto.

De todo esse arrazoado, depreende-se, portanto, que o Relator somente considera a utilização da prisão domiciliar pouco efetiva como alternativa à ausência de vagas no regime adequado quando ela restringe totalmente o direito do executado de deixar a residência, não permitindo, assim, o exercício de trabalho externo, ou quando, estando o reeducando no regime aberto, a prisão domiciliar puder ser substituída pelo cumprimento de penas alternativas e/ou estudo.

Conclusão:

Delimitação da controvérsia: “(im)possibilidade de concessão da prisão domiciliar, como primeira opção, sem prévia observância dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS”.

TESE: A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

DO CASO CONCRETO

Depreende-se dos autos que o sentenciado (AIEDICSON OSÓRIO CARVALHO SANTOS) foi condenado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Montes Claros/MG ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, *caput*, e VI, da Lei nº 11.343/2006. Efetuada a detração da pena preventiva (8 meses e 9 dias), resta a ser cumprido o total de 5 (cinco) anos, (1) um mês e 21 (vinte e um) dias de pena.

Iniciado o efetivo cumprimento da pena, o recorrido, representado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, requereu, em petição datada de 31/10/2006, a concessão de prisão domiciliar, mediante monitoração eletrônica, ao argumento de ausência de estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Às fls. 17/26, consta informação da Diretoria-Geral do Presídio Alvorada em Montes Claros/MG fornecida à Defensoria Pública de Minas Gerais, dando conta de que o presídio foi projetado para comportar 262 (duzentos e sessenta e dois) detentos e acomodava, em 16/08/2016, 412 (quatrocentos e doze), entre os quais 111 (cento e onze) presos provisórios e 297 (duzentos e noventa e sete) condenados, sendo 273 (duzentos e setenta e três) ao regime semiaberto.

O pedido foi indeferido no primeiro grau de jurisdição (e-STJ fls. 27/30), o que ensejou a interposição de agravo em execução, provido, por maioria, pelo Tribunal Estadual, aos seguintes fundamentos:

Em razão de inexistir na Comarca estabelecimento prisional adequado ao cumprimento de pena em regime semiaberto, a defesa pleiteou a concessão da prisão domiciliar mediante monitoração eletrônica, tendo tal pleito sido indeferido pelo magistrado primevo (fls. 21/22v).

Inicialmente, é importante consignar que a prisão domiciliar deve ser concedida ao condenado somente quando, cumprindo pena em regime aberto, estiver presente alguma das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal. Também neste sentido dispõe a Súmula 28 deste Tribunal: “o regime albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses estabelecidas na art. 117 da LEP”.

Entretanto, aliando-me ao recente entendimento sumulado pelo e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320, no qual foi reconhecida a repercussão geral entendendo ser possível, em caráter excepcional, a transferência do reeducando a regime prisional mais brando, até que surja a possibilidade de sua transferência ao local adequado, porquanto é vedada a imposição de cumprimento da reprimenda na forma mais penosa que a determinada no édito condenatório.

Ressalte-se, que, em 29/06/2016, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 56, a qual prevê:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320.

(...)

Feitas tais considerações, imperiosa se torna a concessão da prisão domiciliar ao agravante, nas condições a serem fixadas pelo juízo da execução, até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto. (e-STJ fls. 53/54 – grifei.)

Vê-se, assim, que, embora o pedido original da defesa do executado fosse no sentido de que lhe fosse concedida prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais somente decidiu a respeito da possibilidade

de concessão de prisão domiciliar, delegando ao Juízo da execução a decisão sobre outras condições de cumprimento da pena, entre elas o uso de tornozeleira eletrônica.

Sabe-se, no entanto, que, na atualidade, o reeducando obteve progressão de regime para o aberto e cumpre pena em prisão domiciliar na qual deve permanecer nos domingos (com permissão para comparecimento a eventual culto religioso matutino) e feriados, assim como nos dias úteis no horário compreendido entre as 19 horas até as 6 horas do dia seguinte, além de cumprir outras restrições.

Aplicado o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS ao caso concreto, tem-se que, muito embora a prisão domiciliar determinada pelo Juízo da execução não tenha restringido totalmente o direito do reeducando de deixar a residência, compelindo-o a ali permanecer apenas no período noturno, nos domingos e feriados, sem monitoração eletrônica, é de se concluir que, antes de determinar que o executado cumpra a pena no regime aberto, em recolhimento domiciliar noturno, deveria ele ter examinado a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida em pena restritiva de direitos ou estudo.

Deve, no entanto, ser reconhecida a legalidade da imposição da prisão domiciliar, mesmo a pura e simples em que o executado não tem direito de deixar a residência em momento algum, em hipóteses não elencadas no art. 117 da Lei de Execuções Penais, máxime quando não houver vagas suficientes para acomodar o preso no regime de cumprimento de pena adequado, tampouco estabelecimento prisional similar, e não for possível, no caso concreto, a aplicação de uma das hipóteses propostas no RE nº 641.320/RS.

No ponto, repita-se: o MPMG pede o provimento do recurso especial para que seja superada a decisão *que concedeu a prisão domiciliar ao condenado o benefício da prisão domiciliar, sem a observância dos critérios legais e dos parâmetros traçados no RE 641.320/RS, e hipóteses autorizadoras do art. 117 da LEP*. Logo, o acolhimento parcial do pleito é plenamente viável e não constitui julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, apenas para determinar ao Juízo da Execução que examine a possibilidade e conveniência de, no caso concreto e observadas as características subjetivas do réu, bem como seu comportamento ao longo do cumprimento da pena, além de todos os requisitos legais, converter o restante da pena a ser cumprida pelo executado, no regime aberto, em pena restritiva de direitos ou estudo, em atenção ao entendimento exarado no RE 641.320/RS.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.710.674 / MG (2017/0306192-0)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça Mineiro, assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGIME SEMIABERTO – PRISÃO DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO – EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA – SÚMULA 56 STF – RECURSO PROVIDO. Nos termos da súmula vinculante nº 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional não autoriza a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo excepcionalmente permitida a prisão domiciliar. Precedentes RE 641320.V.V. 1. As hipóteses de prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal, são taxativas, e, não estando o sentenciado inserido em nenhuma delas, inviável a concessão de tal benefício.

Sustenta o recorrente violação dos artigos 112, 113, 114 e 117 da Lei de Execuções Penais e do artigo 35 do Código Penal ao argumento, em suma, de que no caso de ausência de vaga em estabelecimento penal compatível com o regime *semiaberto* de cumprimento de pena é incabível a concessão de prisão domiciliar sem prévia observância dos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 641.320/RS, quais sejam: “I) saída antecipada, que consiste em antecipar a saída de sentenciados e que já estão no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir; II) liberdade eletronicamente monitorada; III) penas restritivas de direito e/ou estudo para os condenados em regime aberto”.

O recurso especial foi selecionado na origem, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para julgamento sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia e, na sessão do dia 22 de agosto, o ilustre Ministro Relator deu parcial provimento ao recurso para fixar a tese de que: “A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS (...)”.

Todavia, verifica-se dos documentos juntados às fls. 180/237 dos autos que, após a interposição do presente recurso especial, o recorrido obteve progressão ao regime *aberto* de cumprimento de pena, com concessão de prisão domiciliar no dia 30/5/2018.

Assim, a questão posta pelo recorrente no presente recurso especial, vale dizer, qual seria a providência cabível no caso de ausência de vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto, resta de todo esvaída se o apenado não mais cumpre pena em regime semiaberto, sob pena até mesmo de se incorrer em provimento jurisdicional *ultra petita*.

Com efeito, diante da nova realidade fático-processual dos autos, gize-se, de apenado em cumprimento de pena em regime aberto, resta inafastavelmente prejudicada a pretensão deduzida nas razões recursais referente, tão somente, ao regime semiaberto de cumprimento de pena.

Ante o exposto, divergindo do ilustre Ministro Relator, julgo prejudicado o presente recurso especial.

É O VOTO.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2017/0306192-0

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp nº 1.710.674 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números	Origem:	00517666520178130000	01671966120168130433
10433160167196001		10433160167196002	10433160167196003
1671966120168130433		517666520178130000	

PAUTA: 22/08/2018

JULGADO: 22/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: AIEDICSON OSORIO CARVALHO SANTOS

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrente. A Dra. Alessa Pagan Veiga (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida.

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 maioria, deu parcial provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, fixando a seguinte tese: “A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que julgavam prejudicado o recurso especial.

Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DISTRITO FEDERAL (2017/0200337-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

EMENTA

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR. MANDATOS SUCESSIVOS. PRERROGATIVA DE FORO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. REDUÇÃO TELEOLÓGICA. ART. 105, I, A, DA CF/88. FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

1. O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo.

2. O princípio do juiz natural tem como regra geral a competência jurisdicional da justiça comum de primeiro grau de jurisdição, ressalvadas as exceções expressas da Carta Magna.

3. O foro por prerrogativa de função deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de forma de odioso privilégio.

4. A conformidade com os princípios da isonomia e da República é obtida mediante a pesquisa da finalidade objetivada pela norma excepcional da prerrogativa de foro, por meio de “redução teleológica”.

5. A interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de

função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, pois sua finalidade é a proteção de seu legítimo exercício, no interesse da sociedade.

6. Como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários.

7. Como o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública, o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo.

8. Na presente hipótese, a omissão supostamente criminosa imputada ao investigado ocorreu no penúltimo de seu segundo mandato à frente do Poder Executivo Estadual, de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional.

9. Questão de ordem resolvida para reconhecer a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição.

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 constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz rejeitando a Questão de Ordem, os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Felix Fischer acompanhando o voto da Relatora e o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão acompanhando a divergência, por maioria, acolher a questão de ordem para reconhecer a incompetência do STJ e determinar o encaminhamento dos autos ao primeiro grau de jurisdição, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo, Laurita Vaz e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 15 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na qual é imputada a JOSÉ WELLINGTON BARROSO DE ARAÚJO DIAS, atual Governador do Estado do Piauí, a suposta prática dos crimes de dano a Unidades de Conservação (art. 40 da Lei nº 9.605/98) e de poluição, com resultado de tornar área imprópria para a ocupação humana e de interromper o abastecimento público de água de uma comunidade (art. 54, §2º, I e III, da Lei nº 9.605/98), supostamente cometidos em anterior mandato já findo.

A conduta atribuída ao denunciado refere-se à sua omissão em adotar as medidas necessárias para evitar o rompimento da Barragem de Algodões I, ocorrido em 27/05/2009 (e-STJ, fl. 3).

Successão de cargos eletivos: o denunciado ocupou o cargo de Governador do Estado do Piauí nos mandatos de 2003/2006 e 2007/2010.

Na sequência, foi eleito Senador da República no ano de 2010, tendo concorrido mais uma vez ao cargo de Governador do Estado do Piauí nas Eleições 2014, nas quais foi eleito para o mandato de 2015-2018 e, em continuação, reeleito para o de 2019-2022.

Julgados da Corte Especial: a Corte Especial, no julgamento do AgRg na Apn 866/DF e da Questão de Ordem na Apn 857/DF, conferiu nova e restritiva interpretação ao art. 105, I, a, da CF/88, delimitando a competência penal originária desta Corte

exclusivamente ao julgamento dos crimes atribuídos aos Governadores e aos Conselheiros de Tribunais de Contas que tenham sido cometidos durante o exercício do cargo e relacionados ao desempenho de referidas funções públicas.

Questão de ordem: ainda pende de apreciação a possibilidade de referida interpretação restritiva da competência penal originária desta Corte ser estendida a supostos crimes praticados por governadores em mandatos anteriores já findos, estando a pessoa investigada ou denunciada ocupando a função que garante a prerrogativa de foro em virtude de nova eleição para o mesmo cargo.

É o relatório.

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

EMENTA

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR. MANDATOS SUCESSIVOS. PRERROGATIVA DE FORO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. REDUÇÃO TELEOLÓGICA. ART. 105, I, A, DA CF/88. FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

1. O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo.
2. O princípio do juiz natural tem como regra geral a competência jurisdicional da justiça comum de primeiro grau de jurisdição, ressalvadas as exceções expressas da Carta Magna.
3. O foro por prerrogativa de função deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da

igualdade, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de forma de odioso privilégio.

4. A conformidade com os princípios da isonomia e da República é obtida mediante a pesquisa da finalidade objetivada pela norma excepcional da prerrogativa de foro, por meio de “redução teleológica”.

5. A interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, pois sua finalidade é a proteção de seu legítimo exercício, no interesse da sociedade.

6. Como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários.

7. Como o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública, o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo.

8. Na presente hipótese, a omissão supostamente criminosa imputada ao investigado ocorreu no penúltimo de seu segundo mandato à frente do Poder Executivo Estadual, de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional.

9. Questão de ordem resolvida para reconhecer a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição.

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria ao denunciado foro por prerrogativa de função nesta Corte – Governador de Estado –, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior, já findo, e atualmente ocupado por força de nova eleição.

1. A REGRA DO JUIZ NATURAL DO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do juiz natural, previsto expressamente no art. 5º, LIII, da CF/88, se insere na gama de direitos fundamentais do cidadão e corresponde à garantia dada ao indivíduo de que conhecerá, com antecipação, o juízo que apreciará, de forma imparcial, uma acusação que lhe seja imputada.

Consoante a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, o juiz natural é aquele definido na Constituição da República, pois, “em nosso sistema normativo, o que existe, de maneira concludente e clara, é o princípio de que *ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional*”, razão pela qual “*a autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou*” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, 3ª atualização, Campinas: Millenium editora, 2009, p. 166, sem destaque no original).

Dessa forma, segundo referido mestre, como a delimitação das competências é definida constitucionalmente, a regra geral é a da competência da justiça comum de primeiro grau de jurisdição, haja vista que “*só aqueles que a Constituição faz objeto de jurisdição ou justiça especial refogem da jurisdição comum*” (*Op. cit.*, p. 172).

2. DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, A, DA CF/88

Em julgamentos recentes (AgRg na Apn 866/DF e Questão de Ordem na Apn 857/DF), esta Corte Especial, reconhecendo estar entre suas prerrogativas examinar o alcance de sua própria competência penal originária, restringiu a interpretação do art. 105, I, a, da CF/88.

Nessas oportunidades, a Corte Especial acolheu a regra geral da competência do primeiro grau de jurisdição e a ela acrescentou as conclusões do Tribunal Pleno do STF na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, do que resultou a compatibilização do foro por prerrogativa de função com os demais valores e princípios fundamentais inscritos na Constituição Federal, sobretudo com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade.

De fato, a recente reinterpretção conduzida por este Tribunal, acompanhando o que fora decidido pelo STF, revelou que o conteúdo normativo da competência

penal originária teria de ser restringido a seu núcleo fundamental, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar que o instituto se relacione à impunidade e a uma forma de odioso privilégio pessoal.

A orientação central adotada pela Suprema Corte e também perfilhada pelo STJ foi, com efeito, a de que “a *igualdade formal veda as discriminações arbitrárias e todos os tipos de privilégios*”, tratando-se “de fundamento central da noção de República” (STF, AP 937 QO/RJ, julgada em 03/05/2018, sem destaque no original).

2.1. Da conjugação de valores estruturantes e da redução teleológica

O propósito perseguido na releitura dos limites da competência penal originária foi, de fato, o de restringir o alcance do excepcional foro por prerrogativa de função a seu núcleo essencial.

Observou-se, como consignado pelo e. Min. Edson Fachin, que, como “a prerrogativa [de foro] constitui-se em *evidente exceção [...] ao princípio da igualdade, [...] não se pode admitir interpretação que elasteça suas hipóteses de incidência, nem se pode aplicá-la se não houver justificativa manifesta para tanto*” (STF, Ap 937 QO/RJ, julgada em 03/05/2018, sem destaque no original).

Assim, a redefinição da extensão do foro por prerrogativa de função teve por objetivo sua equalização com os princípios da isonomia e da República, o que foi realizado mediante a pesquisa da finalidade específica objetivada pela norma excepcional, por meio da técnica da “redução teleológica”.

Realmente, segundo o voto proferido pelo e. Min. Roberto Barroso, “é possível e desejável atribuir ao texto normativo *acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional*”, o que foi realizado mediante a redução do “campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal”, em operação na qual “o intérprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige *mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia*” (STF, Ap 937 QO/RJ, julgada em 03/05/2018, sem destaque no original).

2.2. Da pertinência temática e da concomitância temporal

Como resultado dessa “redução teleológica”, a conclusão do STJ e do STF foi a de que a interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico em suas devidas amplitudes é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de *concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo*.

Deduziu-se, assim, que o propósito do foro por prerrogativa de função é a proteção ao legítimo exercício do cargo, no interesse da sociedade.

Entender de forma diversa, com a perpetuação de referida garantia, poderia acarretar sua transmutação em um privilégio de natureza pessoal, haja vista passar a estar atrelado, individualmente, à pessoa que ocupa a função pública.

Assim, no que diz respeito ao quesito da concomitância temporal, a 2ª Turma do STF se manifestou, na voz do e. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, como o foro se restringe “só [a]os crimes praticados no mandato ou em razão do mandato”, se “um parlamentar tiver vinte quatro anos de mandato, isso terá a ver com o mandato de que se cuida e *não a crimes praticados no mandato anterior.*” (STF, Inq 4633, Segunda Turma, DJe 07/06/2018, sem destaque no original)

Na mesma linha, o e. Min. Dias Toffoli consignou que “se for ‘em razão do mandato’, tem que ser de *um mandato atual*”, pois “a proteção de um mandato já extinto não existe”, de modo que “o fato de ficar no mesmo mandato *não quer dizer que se eternizaria, então, a competência.*” (STF, Inq 4633, Segunda Turma, DJe 07/06/2018, sem destaque no original)

3. DAS ELEIÇÕES PERIÓDICAS E A TEMPORARIEDADE DOS MANDATOS

A sucessão de mandatos decorrente da reeleição para um mesmo cargo, ainda que de forma consecutiva, não pode, de fato, ser suficiente para a manutenção do foro por prerrogativa de função.

Realmente, como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários.

Consoante ressalta a doutrina, “o sistema republicano e representativo e o regime democrático a serem tomados como padrão são os adotados pelo constituinte federal”, segundo os quais “as funções políticas do Executivo e do Legislativo sejam desempenhadas por representantes do povo, responsáveis perante os eleitores, *por força de mandatos temporários, obtidos em eleições periódicas*” (MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*). *Curso de direito constitucional*. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, sem destaque no original).

Cabe, no ponto, fazer referência ao princípio da unidade de legislatura, previsto originariamente na Constituição Federal em relação ao Poder Legislativo e ao processo de elaboração legislativa, mas também justificador do isolamento dos mandatos em relação às supervenientes reeleições.

O STF já afastou a incidência de referido princípio para permitir o prosseguimento da apuração de falta de decoro parlamentar praticada em mandato findo em um mandato posterior, destacando, no entanto, tratar-se de medida excepcional.

A excepcionalidade da medida foi, de fato, salientada e justificada pelo e. Min. Celso de Mello na circunstância de que “a Carta Política *não exige que haja necessária relação de contemporaneidade entre o fato típico e a legislatura sob cujo domínio temporal teria ocorrido o evento motivador da responsabilização política do congressista por falta*

de decoro, sendo inaplicável, por isso mesmo, a tal situação, o princípio da unidade de legislatura”, (STF, MS 25579 MC, Tribunal Pleno, DJe 23/08/2007, sem destaque no original).

De fato, diferentemente do foro por prerrogativa de função – que protege juridicamente o legítimo exercício do cargo, no interesse da sociedade –, a quebra de decoro é “uma qualificação desabonadora que é *eminentemente política* e passível de ser *formada a qualquer instante* a partir do conhecimento de fatos que poderiam estar ocultos no passado” (CARDOZO, José Eduardo. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar - Consulta N. 001/2007. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, nº 1, 2011, sem destaque no original).

Em razão dessa distinção essencial entre os institutos – pois o foro por prerrogativa de função exige *contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública* –, o término de um determinado mandato temporário acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato nele praticado, tendo como consequência o encaminhamento do processo que o apura ao órgão jurisdicional do primeiro grau de jurisdição.

4. DA HIPÓTESE CONCRETA

Na hipótese em tela, a conduta imputada ao investigado, que hoje ocupa, em virtude de quarta eleição, o cargo de Governador de Estado, teria sido cometida no final de seu segundo mandato à frente do governo do Estado do Piauí.

Com efeito, a suposta omissão criminosa teria sido praticada em 27/05/2009, no penúltimo ano do segundo mandato decorrente de sua reeleição nas Eleições 2006.

Ressalte-se que, diante da vedação expressa do art. 14, §5º, da CF/88 – que impede que os chefes do Poder Executivo possam ser reeleitos para mais de um único período subsequente –, o ora denunciado concorreu, posteriormente, nas Eleições 2010, ao Senado Federal, tendo sido, inclusive, eleito para o mandato 2011-2018.

Concorreu, no entanto, novamente, em 2014, para o cargo de Governador do Estado, tendo sido eleito para o mandato 2015-2018, e mais uma vez reeleito nas Eleições 2018 para o mandato 2018-2022.

Dessa sucessão de mandatos eletivos, percebe-se que, além de a omissão supostamente criminosa ter ocorrido durante o penúltimo ano do segundo e último mandato consecutivo possível no cargo de Governador de Estado (art. 14, §5º, da CF/88), há um hiato entre referido mandato e o atual, fruto de novas eleição e reeleição para referido cargo político.

Não se entrevê, especialmente nessa circunstância, a necessária contemporaneidade entre o ato praticado e o exercício do cargo que garante o foro por prerrogativa de função nesta e. Corte, de modo que a teleologia do instituto – que é a de garantir o legítimo exercício do mandato, no resguardo do interesse público – não mais encontra meios de ser satisfeita.

De fato, admitir a permanência do foro por prerrogativa de função em relação a essa específica omissão supostamente praticada em mandato já findo acarretaria o indevido alargamento da competência penal originária desta Corte, que passaria a ter o caráter, nessa circunstância, de privilégio do detentor do cargo e não de garantia do regular exercício da função em favor da sociedade.

5. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, resolvo a presente questão de ordem para RECONHECER A INCOMPETÊNCIA do STJ para o exame do recebimento da presente denúncia, por não estar satisfeito o propósito do art. 105, I, *a*, da CF/88, sendo, por conseguinte, determinado o ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS à Justiça Comum do PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO do Estado do Piauí, para sua regular distribuição.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

PROCESSO ELETRÔNICO

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

Número Registro: 2017/0200337-1

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100000009897201738 362012

PAUTA: 14/03/2019

JULGADO: 14/03/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

QUESTÃO DE ORDEM

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora acolhendo a questão de ordem para reconhecer a incompetência desta Corte para o exame do recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo rejeitando a questão de ordem por entender que o STJ tem competência para julgar o caso, pediu vista a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Aguardam os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho.

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Conforme bem delineado pela eminente Relatora, a Ministra Nancy Andrighi, *“o propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantia ao denunciado foro por prerrogativa de função nesta Corte – Governador de Estado –, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior, já findo, e atualmente ocupado por força de nova eleição”*.

O ilustrado voto da Relatora foi no sentido de se restringir a prerrogativa de foro, delimitando sua incidência à *contemporaneidade* e à *pertinência temática* entre os fatos delituosos em apuração e o efetivo exercício da função pública. Concluiu Sua Excelência que *“o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação*

do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo". Daí, reconhece a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e, por conseguinte, determina seu encaminhamento ao Juízo de primeiro grau.

Pedi vista para melhor refletir sobre a questão.

O Ministro Raul Araújo proferiu voto oral, abrindo divergência.

Pois bem.

Com a devida vênia da eminente Relatora, que, aliás, produziu um substancioso voto, ousou divergir. Se a prerrogativa de função existe para resguardar o exercício do cargo, no caso de uma reeleição, consecutiva ou não, entendo eu que deve persistir a competência do órgão julgador.

Considerando que a Constituição Federal, no seu art. 105, inciso I, alínea *a*, ao instituir a prerrogativa de foro do Governador no STJ, visa proteger o livre exercício das funções inerentes ao cargo, parece-me que, ao dar continuidade ao exercício do cargo, deve-se também estender as garantias dele decorrentes. O fato de os supostos delitos terem sido praticados em gestões anteriores, penso eu, não retiram a garantia de prerrogativa de foro, uma vez que, como disse, é a ele imanente.

Cumpra anotar que, nas manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, nos autos do Inq 4633, no âmbito da 2ª Turma, citados pela eminente Relatora, Suas Excelências fizeram os comentários destacados – sobre a necessidade de se adequar aos fundamentos do julgamento Plenário, afastando a prerrogativa de foro para a apuração de crimes praticados em mandatos anteriores – em caráter *obiter dictum*, revelando, contudo, uma preocupação com os casos em tramitação na Corte Suprema.

No mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes disse:

Claro que acho que, nos processos que estão em transição, temos que estabelecer também alguma cláusula transitória, prorrogar a competência do Tribunal, porque, do contrário, criaremos realmente uma situação de colapso. Contudo, registro isso aproveitando o ensejo porque, no caso anterior, nós já temos esse problema, no caso em que, salvo engano, o caso do “da Fonte” já é relativo a mandato anterior.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, fez a seguinte ponderação:

Senhor Presidente, eu peço a palavra. Eu, apesar de ter sido vencido, curvo-me, evidentemente, à sabedoria do Plenário, que, tecnicamente, pelo menos por definição, está sempre certa, mas, realmente, a decisão traz mais indagações, mais perplexidade, do que soluções.

Há casos, como alguns que já examinamos e que penso que ainda examinaremos hoje, que são bastante fronteiriços, por exemplo, o

caso do Eduardo da Fonte. Ele é acusado de colher numerário para as eleições – as próximas eleições – dele e de seus correligionários, portanto, são aqueles que lhe darão apoio para que ele possa exercer um segundo mandato.

Então, nesse sentido, fica uma situação realmente complicada. É dizer: Se alguém se utiliza do mandato para obter recursos ilícitos e se reeleger, não haveria aí uma continuidade delituosa, indicando que o foro deve continuar aqui nesta Suprema Corte?

Portanto, há situações e situações. Essa que acabamos de julgar, Vossa Excelência acabou proferindo o resultado final, no sentido – pelo menos, inicialmente – desfavorável ao ex-Deputado Eduardo da Fonte, certamente o processo prosseguirá e poderá ter outro destino em que essa questão suscitada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes se resolva na linha daquilo que foi resolvido por essa colenda Segunda Turma.

É como me pronuncio, mas ainda prometendo refletir sobre as distintas questões que estão sendo levantadas pelos Colegas.

Temos, no caso em apreço, uma denúncia oferecida pelo Vice-Procurador-Geral da República em 31 de julho de 2017. Já houve resposta à acusação às fls. 46-67. Creio que – sem embargo de eventualmente vir a prevalecer uma leitura mais restritiva sobre a manutenção da prerrogativa de foro –, para os casos em andamento, deva permanecer o processo em seu regular trâmite perante esta Corte. Como fez a Suprema Corte no caso apontado. Para os casos novos, quem sabe, poderíamos voltar a discutir a questão.

Feitas essas singelas considerações, entendo que a questão de ordem deva ser resolvida com a extensão da prerrogativa de foro para o caso, notadamente porque, já encerrada a investigação, temos denúncia oferecida e resposta à acusação.

É como voto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Raul Araújo.

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Senhor Presidente, o cometimento do ilícito imputado ao acusado deu-se no exercício do mandato de Governador do Estado.

Neste momento, em que a denúncia vem apresentada perante o Superior Tribunal de Justiça, o acusado ocupa o cargo de Governador do Estado, uma vez que foi reeleito.

Penso, então, que temos competência constitucional para processar e julgar o Governador do Estado por crime comum, conforme o art. 105 da Constituição Federal.

Compreendo a ponderação que Vossa Excelência faz, no sentido de que o denunciado exerceu o mandato de Governador do Estado, após deixou aquele cargo para exercer o mandato de Senador da República, retornando, posteriormente, agora, ao cargo de Governador. E de que, se não houvesse o intervalo – no cargo de Senador –, aplicar-se-ia o entendimento que ora defendo.

Entendo, porém, que, mesmo a interpretação mais restritiva do art. 105, I, a, da Constituição Federal, que se passou a adotar, para a fixação da competência desta Corte Superior, não diferencia o ato praticado no exercício do mandato de Governador, seja durante anterior ou em atual investidura, ou seja, na primeira ou na segunda eleição. O critério mais seguro a adotar, me parece, será sempre aquele mais próximo do preceito constitucional.

Seria, então, o de que, estando o acusado atualmente no exercício do cargo de Governador e tendo o fato tido como criminoso ocorrido durante o exercício desse mesmo cargo, e em razão dele, a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

As aplicações, um tanto vacilantes, do dispositivo constitucional, por dele se afastarem, não me atraem. Fico com a segurança do que diz a Constituição, isto é, que temos competência para processar e julgar os governadores de Estado nos crimes comuns.

No caso, o crime aqui tratado teria sido cometido no exercício do mandato de Governador, sendo que, hoje, o denunciado é Governador.

Assim, peço vênias para divergir e entender que o Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar o caso.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

QO NA AÇÃO PENAL Nº 874 / DF (2017/0200337-1)

PAUTA: 14/03/2019

JULGADO: 15/05/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretária
Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

QUESTÃO DE ORDEM

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: JOSE WELLINGTON BARROSO DE ARAUJO DIAS

ADVOGADOS: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO - DF018958

GERMANO TAVARES PEDROSA E SILVA - PI005952

JUAREZ CHAVES DE AZEVEDO JÚNIOR - PI008699

JANAÍNA LUSIER CAMELO DINIZ - DF049264

LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - DF056258

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz rejeitando a Questão de Ordem, os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Felix Fischer acompanhando o voto da Relatora e o voto do Sr. Ministro Francisco Falcão acompanhando a divergência, a Corte Especial, por maioria, acolheu a questão de ordem para reconhecer a incompetência do STJ e determinar o encaminhamento dos autos ao primeiro grau de jurisdição, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Raul Araújo, Laurita Vaz e Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Declararam-se aptos a votar os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Felix Fischer.

Jurisprudência Cível

• • •

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.487 / DISTRITO FEDERAL (2017/0133011-0)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE: OSMIR LOPES DE MORAES

ADVOGADOS: PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS - DF036526

AVA GARCIA CATTI PRETA - DF044882

ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS - DF060460

AGRAVADO: SEST SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE

AGRAVADO: SENAT SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE

ADVOGADO: GUSTAVO VALADARES E OUTRO(S) - DF018669

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO ESTADUAL. ART. 1.026, §3º, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. TEORIA DA *ACTIO NATA*. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PRESCRIÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em violação dos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio – tal como lhe foram postas e submetidas –, apresentando todos os fundamentos jurídicos pertinentes à formação do juízo cognitivo que foi proferido.

2. O prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial. Por isso que, não decidida a questão pela instância ordinária e não opostos

embargos de declaração, a fim de ver suprida eventual omissão a respeito da matéria do §3º do art. 1.026 do CPC, incidem, por analogia, os enunciados nºs 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. *“Por aplicação da teoria da actio nata, o prazo prescricional, relativo à pretensão de indenização de dano material e compensação de dano moral, somente começa a correr quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o direito de ação.”* (AgInt no AREsp 639.598/SP, Rel.^a Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2017)

4. O Tribunal de origem consigna a inexistência de prescrição, pois a ação foi ajuizada dentro do lapso trienal. Além disso, não há que se falar em inépcia da inicial posto esta ter sido instruída com os documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação. A reforma do aresto, nestes aspectos, demanda inegável necessidade de reexame de matéria probatória, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

5. Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, o que não ocorreu no caso em apreço.

6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.487 / DF (2017/0133011-0)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE: OSMIR LOPES DE MORAES

ADVOGADOS: PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS - DF036526

AVA GARCIA CATTI PRETA - DF044882

ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS - DF060460

AGRAVADO: SEST SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE

AGRAVADO: SENAT SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE

ADVOGADO: GUSTAVO VALADARES E OUTRO(S) - DF018669

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de agravo interno interposto contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial, tendo em vista a: 1) ausência de violação dos arts. 489, §1º, e 1.022, II, do CPC;

2) a falta de prequestionamento (Súmulas 282/STF e 356/STF) da matéria do art. 1.026, §3º, do CPC; 3) consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte (Súmula 83/STJ), a respeito da teoria da *actio nata*; 4) a impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ), quanto à inocorrência de prescrição e inexistência de inépcia da inicial; bem como pela 5) ausência de configuração do dissídio jurisprudencial.

No recurso em apreço, o recorrente alega que a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC decorre da omissão no pronunciamento do Tribunal de origem, a respeito das teses de *prescrição trienal, ex vi* do art. 206, §3º, V, do CC; inaplicabilidade da suspensão do prazo prescricional, a teor do art. 200 do CC e inépcia da inicial, dada sua instrução deficiente.

Aponta que os embargos de declaração não se revestiam de intuito protelatório, mas buscavam prequestionar a matéria a ser trazida à apreciação desta Corte, conforme orientação da Súmula 98/STJ, de modo que é injusta a aplicação da multa prevista no art. 1.026, §3º, do CPC. Enfatiza, ainda, que não se insurge contra a majoração de tal penalidade, mas contra a aplicação da multa em si.

Afirma que o deslinde da controvérsia prescinde do revolvimento de matéria probatória, vedado pela Súmula 7/STJ, pois é flagrante a inépcia da petição inicial, na medida em que esta veio desacompanhada dos instrumentos indispensáveis à propositura da ação, quais sejam, comprovantes da existência dos pagamentos realizados pelos recorridos ao recorrente, sem que este tenha prestado os serviços correspondentes.

Aduz que o termo inicial para a contagem da prescrição trienal incidente na espécie – ação indenizatória em razão de pagamentos indevidos – seria a suposta *violação do direito* (art. 189 do CC), ou seja, a partir do momento em que esta se tornou possível de ser exigida judicialmente, de acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte.

Diz ser inviável a adoção da “ciência da lesão e extensão dos danos” por parte dos autores como o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, porque este se transformaria em ato potestativo, sem limitação temporal. Justifica que “(...) *Acolhendo-se, por hipótese, a tese de que a ‘actio nata’ não seria o momento da lesão ao direito, crê-se que também não poderia ser o momento em que o titular do direito tem ciência da lesão e de sua extensão, mas sim o momento em que a ele era permitido ter esse conhecimento, ou seja, se o titular do direito desconhecia a lesão e sua extensão apesar de possuir todos os elementos necessários para tanto, o prazo prescricional deve ter sua fluência, afinal ‘o direito não socorre os que dormem’. Logo, percebe-se que, segundo a narrativa da exordial, aos autores já era possível conhecer a lesão e sua extensão à época dos supostos pagamentos, afinal o pagamento indevido teria sido realizado por eles. Então como se pode afirmar que os embargados não sabiam que houve o pagamento à época? Como afirmar que eles não sabiam os valores? Aponta-se ainda que todos os elementos aptos a confirmar a fantasiosa narrativa da exordial estariam à disposição das empresas (extratos bancários, recibos, contratos), não sendo crível que somente com a deflagração da operação São Cristóvão foi possível a eles terem ciência da lesão e sua extensão.*” (fl. 727)

Defende, também, que a tese da “ciência da lesão” não se sustenta *in casu*, pois não é possível os autores/recorridos alegarem desconhecimento dos pagamentos indevidos, já que, de acordo com seus próprios Estatutos, há previsão de controle de despesas e execução orçamentária, prestação de contas e elaboração de balancetes mensais.

Defende que o dissídio jurisprudencial foi amplamente demonstrado, por meio do imprescindível cotejo analítico entre trechos do acórdão recorrido e os paradigmas apresentados, a respeito da matéria do art. 200 do CC. Assevera a impossibilidade de aplicação da causa especial de interrupção constante no artigo mencionado, pois a esfera criminal somente obsta o início do curso do prazo prescricional da ação civil, quando entre ambas houver relação de prejudicialidade e em se tratando de ação civil *ex delicto*, sendo inaplicável em caso de reparação civil que não se aparelhe em título penal condenatório.

É o sucinto relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.487 / DF (2017/0133011-0)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

AGRAVANTE: OSMIR LOPES DE MORAES

ADVOGADOS: PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS - DF036526

AVA GARCIA CATTÀ PRETA - DF044882

ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS - DF060460

AGRAVADO: SEST SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE

AGRAVADO: SENAT SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE

ADVOGADO: GUSTAVO VALADARES E OUTRO(S) - DF018669

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO ESTADUAL. ART. 1.026, §3º, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. TEORIA DA *ACTIO NATATA*. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. PRESCRIÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar em violação dos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio – tal como lhe foram postas e submetidas –, apresentando todos os fundamentos jurídicos pertinentes à formação do juízo cognitivo que foi proferido.

2. O prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial. Por isso que, não decidida a questão pela instância ordinária e não opostos embargos de declaração, a fim de ver suprida eventual omissão a respeito da matéria do §3º do art. 1.026 do CPC, incidem, por analogia, os enunciados nºs 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. *“Por aplicação da teoria da actio nata, o prazo prescricional, relativo à pretensão de indenização de dano material e compensação de dano moral, somente começa a correr quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o direito de ação.”* (AglInt no AREsp 639.598/SP, Rel.ª Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2017)

4. O Tribunal de origem consigna a inexistência de prescrição, pois a ação foi ajuizada dentro do lapso trienal. Além disso, não há que

se falar em inépcia da inicial posto esta ter sido instruída com os documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação. A reforma do aresto, nestes aspectos, demanda inegável necessidade de reexame de matéria probatória, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

5. Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, o que não ocorreu no caso em apreço.

6. Agravo interno não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O agravo interno não merece ser acolhido.

Com efeito, não há violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC, pois o acórdão proferido na origem não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração, uma vez que o Tribunal *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia – tal como lhe fora posta e submetida –, apresentando todos os fundamentos jurídicos pertinentes à formação do juízo cognitivo que foi entregue.

Toda a matéria apontada como omissa – isto é, as teses de prescrição, impossibilidade de suspensão do lapso prescricional e inépcia da inicial por ausência de documento indispensável ao manejo da ação – foi devidamente apreciada pela Corte *a quo*. De modo que não há omissão alguma a ser reparada no acórdão impugnado, pois se elucidaram todos os pontos necessários, de acordo com o que foi questionado e com base no acervo probatório dos autos, como se verá em item subsequente deste acórdão.

Na verdade, os embargos opostos pretendiam rediscutir questões já ponderadas no acórdão embargado.

3. De outra senda, no tocante à suposta violação do §3º do art. 1.026 do Código de Processo Civil, reitera-se que não houve o devido prequestionamento do dispositivo em testilha e da tese a ele vinculada.

Como dito, o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre a possibilidade de elevação da multa em caso de reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, até dez por cento sobre o valor atualizado da causa.

Importa mencionar que, mesmo que a violação surja no julgamento do acórdão recorrido ou nos embargos que o integraram, para que se configure o necessário prequestionamento, não basta que a parte recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal

indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre o dispositivo legal indicado e a tese recursal a ele vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

Destarte, não prospera o recurso, tendo em vista a falta de prequestionamento da matéria alegada, assim como do que vem disciplinado no dispositivo destacado. O prequestionamento é exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do apelo nobre. Por isso que, não decidida a questão pela instância ordinária e não opostos embargos de declaração, a fim de ver suprida eventual omissão, incidem, por analogia, os enunciados nºs 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO. NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA A CONTRATO. CONDIÇÃO DE PAGAMENTO. IMPLEMENTAÇÃO. REEXAME DE CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Falta de prequestionamento das matérias referentes aos arts. 112, 113, 121, 124, 129 e 422 do Código Civil não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração

(Súmulas 282/STF e 211/STJ).

(...)

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1416119/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 13/10/2017).

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME VIA APELO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ARTS. 43, 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

(...)

3. O Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor sobre os arts. 43, 186 e 927 do Código Civil.

4. Ressalte-se que não houve sequer interposição de Embargos de Declaração, o que seria indispensável para análise de possível omissão no julgado.

5. Assim, perquirir, nesta via estreita, a ofensa à referida norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo *a quo*, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto

inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” 6. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1691980/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 10/10/2017).

3.1. Frise-se, por oportuno, que o recorrente parece se insurgir contra a aplicação da multa prevista no §2º do art. 1.026 do CPC. Porém, maneja recurso especial calcado na violação do §3º, o qual, como dito, não trata da multa em si, mas de sua majoração em caso de reiteração de embargos protelatórios. Portanto, ainda que se afastasse a falta de prequestionamento, o recurso não prosperaria dada a evidente deficiência na fundamentação recursal, *ut* Súmula 284/STF.

4. Outrossim, o Tribunal *a quo* consigna que a fluência do prazo prescricional de pretensão indenizatória somente se inicia quando o titular do direito tem ciência da lesão a que foi submetido, possibilitando, a partir daí, o exercício do direito de ação (teoria da *actio nata*).

A propósito, colho o seguinte excerto do acórdão recorrido:

(...) Em geral, as pretensões indenizatórias prescrevem em três anos, nos termos do artigo 206, §3º, incisos IV e V, do Código Civil, prazo cuja contagem se inicia com o ato ou o fato do qual se originaram os danos. *A respeito da fluência dos prazos prescricionais, consagra o artigo 189 do Código Civil o princípio da actio nata, segundo o qual a prescrição só começa a correr depois que se verifica a efetiva lesão do direito e se abre para o lesado a concreta possibilidade de pleitear judicialmente a sua reparação. Reza esse preceito legal:*

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Consistindo a prescrição na extinção da pretensão pelo decurso do prazo estipulado legalmente para o seu exercício, parece elementar que a violação em si do direito não basta para deflagrar a sua fluência, pelo simples fato de que apenas o conhecimento da lesão possibilita ao respectivo titular o exercício eficaz do direito de ação. Na elucidativa explicação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular. Com isso, a boa-fé é

prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento. (Curso de Direito Civil, Vol. 1, 10ª ed., Juspodivm, p. 726).

A toda evidência, a violação do direito subjetivo só pode ser utilizada como termo a quo do prazo prescricional quando a pretensão é passível de imediata dedução em juízo.

Em se cuidando de responsabilidade civil, quando os danos não se tornam inteiramente conhecidos no exato momento em que ocorre o ato ilícito, a prescrição só se considera destravada no momento em que o titular do direito subjetivo tem pleno conhecimento da lesão causada.

(...)

No caso vertente, só em 2014 as Agravadas tiveram ciência inequívoca dos desvios de recursos. Como bem delineou a douta juíza da causa, “observa-se que os autores tomaram ciência do ocorrido em 19/09/2014, quando deflagrada a operação policial, e a ação foi ajuizada em 03/07/2015, razão pela qual não ocorreu a prescrição” (fl. 391).

Vê-se que a arguição de prescrição foi adequadamente repelida à luz da teoria da actio nata. (fls. 518/520) - g.n.

Verifica-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que o início da fluência do prazo prescricional da ação de indenização por ato ilícito *não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito*, mas sim quando o titular do direito subjetivo obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão (teoria da *actio nata*).

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE VALORES DECORRENTES DE AÇÃO JUDICIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO ATO ILÍCITO. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. O prazo prescricional, em caso de responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, começa a correr da ciência do fato ensejador da reparação, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior.

2. No presente caso, o acórdão recorrido assentou que o termo inicial do cômputo do prazo prescricional da pretensão de indenização patrimonial é a data em que a parte toma ciência inequívoca da retenção indevida, ocorrida em momento posterior ao levantamento de valores e ao pagamento a menor. Ciência do ilícito que se deu somente com a divulgação pela imprensa de operações da Polícia Federal, em fevereiro de 2014 – fato notório – quando a parte tomou conhecimento da lesão ao seu patrimônio jurídico.

3. Se o agravante, aproveitando da condição de advogado da parte, ocultou dolosamente os valores a que aquela teria direito a receber, entregando-lhe valor a menor e retendo indevidamente a diferença, não pode querer que o prazo prescricional corra do recebimento a menor dos valores, pois a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

4. Agravo interno não provido, com aplicação de multa. (AgInt no AREsp 1016144/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 13/10/2017) - g.n.

RECURSO ESPECIAL. 1. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO PROCEDER NEGLIGENTE DE OFÍCIO DE NOTAS, QUE TERIA ABERTO FIRMA FALSA E A RECONHECIDO EM ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL IGUALMENTE FORJADA, A ENSEJAR O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR TERCEIRO CONTRA O SUPOSTO TITULAR DA FIRMA. DISCUSSÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. 2. PRESCRIÇÃO. FINALIDADE. 3. SURGIMENTO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. PLENO CONHECIMENTO DA LESÃO PELO TITULAR DO DIREITO SUBJETIVO VIOLADO. EXERCIBILIDADE DA PRETENSÃO. VERIFICAÇÃO. 4. TERMO INICIAL. PROVIMENTO JUDICIAL DEFINITIVO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Controvérsia acerca do início do prazo prescricional para a promoção de ação destinada a reparar os danos morais decorrentes da atuação de Ofício de Notas, que, inadvertidamente – senão por má-fé –, teria aberto firma falsa de titularidade do autor e a reconheceu em escritura de compra e venda de imóvel igualmente forjada. Segundo alegado pelo demandante, o proceder negligente do Cartório de Notas ensejou o ajuizamento, contra si, de ação de rescisão de contrato de compra e venda promovida por pessoa estranha a seu conhecimento, em que se lhe imputou a acusação de ter vendido o mesmo terreno para duas pessoas distintas, causando-lhe, inequivocamente,

constrangimento, humilhação e abalo psíquico. Discute-se, nesse contexto, se o termo inicial da fluência do lapso prescricional da pretensão ressarcitória (no caso, promovida em 19/8/2010) deve ser considerado a data da citação na ação de rescisão de contrato de compra e venda movida por terceiro (2004), ou do momento em que houve o reconhecimento judicial (6/10/2008), nessa mesma ação, de que a assinatura inserta na escritura de compra e venda, com firma reconhecida (e aberta) pelo Ofício de Notas, era realmente falsa.

2. O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte. 3. *O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). Compreensão conferida à teoria da actio nata (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao dispositivo legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição.*

4. A citação efetuada na ação de rescisão contratual apenas conferiu ao ora demandante ciência quanto aos fatos a ele atribuídos na inicial por pessoa estranha ao seu conhecimento.

4.1. Somente a partir do reconhecimento judicial de que a assinatura inserta na escritura de compra e venda, com firma reconhecida (e aberta) pelo Ofício de Notas, era realmente falsa, o então demandado obteve pleno conhecimento da lesão a ele causada em toda a sua extensão. Ressalta-se que o abalo psíquico, segundo alegado, decorreu do constrangimento e humilhação vivenciados durante toda a tramitação do processo (aproximadamente 4 anos), em que teve que provar, em seus dizeres, sua inocência. Apenas com o desfecho da ação, lastreado na prova pericial realizada (exame grafotécnico), em que se reconheceu a falsidade da

assinatura inserta na escritura de compra e venda, afigurou-se possível ao demandado postular a responsabilidade do Tabelionato de Notas pelos danos morais alegadamente sofridos.

4.2. Afigurar-se-ia sem qualquer sustentação a demanda destinada a reparar alegados danos morais decorrentes da tramitação da ação de rescisão de contrato de compra e venda, sem que houvesse, antes, o reconhecimento judicial definitivo de sua improcedência. Nesse contexto, é de se reconhecer que a pretensão somente afigurou-se exercitável por ocasião do correspondente provimento judicial, com trânsito em julgado (2009).

5. Recurso especial provido (REsp. 1.347.715/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 4.12.2014)- g.n.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. COMPENSAÇÃO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TEORIA DA *ACTIO NATA*. HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ.

1. *Por aplicação da teoria da actio nata, o prazo prescricional, relativo à pretensão de indenização de dano material e compensação de dano moral, somente começa a correr quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o direito de ação.*

2. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma.

3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido. (AgInt no AREsp 639.598/SP, Rel.^a Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2017) - g.n.

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ART. 27 DO CDC. PRESCRIÇÃO. TERMO A *QUO*. PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO DANOSO. LAUDO TÉCNICO ATESTANDO O ATO ILÍCITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *“O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da actio nata” (REsp 1257387/RS, Rel.^a Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013)*

(...)

Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1324764/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 20/10/2015) - g.n.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SAFRA DE ALGODÃO. CLASSIFICAÇÃO APONTADA COMO FRAUDULENTA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO LESIVO. DECRETO 20.910/32. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

III. Nos termos do acórdão recorrido, o “prazo inicial deve ser contado do término da investigação realizada pela Comissão Técnica, para apurar a real qualidade dos estoques de algodão em pluma, safra de 1997/1998, a qual foi concluída em 16.05.2001”. *Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, de acordo com o princípio da actio nata, o curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências.* Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 950.407/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016; REsp 963.697/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/10/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.074.446/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/10/2010.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 946.406/GO, Rel.^a Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/03/2017) - g.n.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA VÍTIMA DO DANO IRREVERSÍVEL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo prescricional da ação para indenizar dano irreversível causado por erro médico começa a fluir a partir do momento em que a vítima tomou ciência inequívoca de sua invalidez, bem como da extensão de sua incapacidade. Aplicação do princípio da actio nata.*

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1098461/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 02/08/2010) - g.n.

Em síntese, a linha intelectual adotada pela Corte de origem seguiu o entendimento propugnado por este Tribunal Superior, de modo que incide o veto da Súmula 83/STJ a obstar a pretensão recursal deduzida.

5. Ademais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assegura que os autores/recorridos tiveram ciência inequívoca dos desvios de recursos só em 19/09/2014, quando deflagrada a operação policial, sendo que a ação foi proposta em 03/07/2015, quando ainda não havia se esvaído o lapso prescricional trienal.

5.1. Assinala, também, que a petição inicial foi instruída com os *documentos essenciais à propositura da ação*, isto é, com o processo administrativo disciplinar e com os comprovantes que confirmariam a transferência indevida de valores para o recorrente. Explícita que os demais documentos aptos a demonstrar o fato constitutivo do direito de autor, mas que não são essenciais, podem ser juntados durante a instrução do feito.

Por sua pertinência, transcrevo mais um trecho do aresto impugnado:

(...) A petição inicial foi estruturada de acordo com os parâmetros do artigo 282 do Código de Processo Civil e não se ressentia da deficiência técnica apontada pelo Agravante.

A petição inicial foi instruída com o processo administrativo disciplinar e com os comprovantes que confirmariam a transferência indevida de valores para o Recorrente, inexistindo qualquer outro documento que possa ser considerado indispensável ao ajuizamento da demanda.

Vem de molde salientar que somente os documentos essenciais à propositura da ação devem forçosamente instruir a petição inicial, na linha do que estatui o artigo 283 do Código de Processo Civil.

Documentos aptos a demonstrar o fato constitutivo do direito do autor, mas que não são indispensáveis à admissibilidade da petição inicial, podem ser produzidos na etapa instrutória. Na conhecida lição de Pontes de Miranda:

Para que o documento tenha de ser junto desde logo, é preciso que, sem ele, possa o juiz entender cabível a pretensão à tutela jurídica, por ser afastada, com a falta, a prova da ação (de direito material). (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Tomo IV, 3ª ed., Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes, p. 89).

Não se divisa, portanto, qualquer falha atinente aos aspectos formais da petição inicial.

(...)

No caso vertente, só em 2014 as Agravadas tiveram ciência inequívoca dos desvios de recursos. Como bem delineou a doutra juíza da causa, “observa-se que os autores tomaram ciência do ocorrido em 19/09/2014, quando deflagrada a operação policial, e a ação foi ajuizada em 03/07/2015, razão pela qual não ocorreu a prescrição” (fl. 391). (fls. 517/520) - g.n.

5.2. A reforma do aresto, nestes tópicos, demanda inegável necessidade de reexame de matéria fático-probatória, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

6. Por derradeiro, para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, notadamente quanto à prejudicialidade civil em relação à criminal, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, a teor do que dispõe o art. 1.029, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 255, §2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, é imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo analítico dos fundamentos da decisão recorrida, *trecho por trecho*, com o(s) acórdão(s) paradigma(s), a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. 1. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. 2. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. 3. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 4. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

3. Com efeito, não se revela cognoscível a irresignação interposta exclusivamente pela alínea c do permissivo constitucional, porquanto o recorrente não demonstrou o dissídio nos moldes exigidos pelos arts. 1.029, §1º, do CPC/2015 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Além disso, é assente nesta Corte Superior que a mera

transcrição de ementas, sem a realização do necessário cotejo analítico entre os arestos confrontados, mostra-se insuficiente para comprovar a divergência jurisprudencial ensejadora da abertura da via especial com esteio na alínea c do permissivo constitucional.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1745293/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 04/09/2018).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE ATIVIDADE ESPECIAL E LABOR RURAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não é possível conhecer o Recurso Especial fundado no art. 105, III, c da Constituição Federal, uma vez que o recorrente não indicou qual seria o dispositivo de lei federal de interpretação controvertida nos Tribunais, o que atrai a incidência do enunciado 284 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

2. O sugerido dissídio jurisprudencial não foi analiticamente demonstrado. A interposição de Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça requer o primoroso atendimento de requisitos constitucionais de alta definição jurídica; assim, a demonstração da chamada divergência pretoriana deve se dar de forma analítica e documentada, por meio do cotejo analítico, para se comprovar que a decisão recorrida está em desacordo com precedentes julgados de outros Tribunais, inclusive e especialmente deste STJ (art. 105, III, c da Carta Magna).

3. Ocorre que, no caso, a análise da demonstração da divergência não veio manifestada de forma esmerada e precisa, exata e completa. Apresentou-se o paradigma apenas por sua ementa, sem que fosse feito o indispensável cotejo, com a conclusão de discrepância, fato que impede o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo constitucional (art. 1.029, §1º do CPC/2015).

4. Agravo Interno do particular a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1129205/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NOS MOLDES DOS ARTS. 1.029, §1º, DO CPC/2015 E 255, §1º, DO RISTJ.

1. O indigitado dissídio pretoriano não foi comprovado nos moldes exigidos nos arts. 1.029, §1º, do CPC/2015 (correspondente ao art. 541, parágrafo único, do CPC/1973) e 255, §1º, do Regimento Interno do STJ, uma vez que as partes recorrentes apenas transcreveram a ementa do julgado que entendeu favorável à sua tese, sem realizar o necessário cotejo analítico entre a fundamentação contida no precedente invocado como paradigma e no aresto impugnado.

2. A alegação de dissídio jurisprudencial exige a comprovação da divergência através da juntada de certidões ou cópia dos acórdãos confrontados ou a citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado, nos quais se achem publicados, inclusive em mídia eletrônica, o que não ocorreu no caso em tela.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1227348/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO DE CONEXÃO ENTRE AÇÃO INDENIZATÓRIA INDIVIDUAL E AÇÃO COLETIVA. REEXAME DE FATOS. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

(...)

3. A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 1.029, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 255, §1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o que não restou evidenciado na espécie.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1620860/RO, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 01/03/2017).

Na hipótese vertente, a ausência de realização do necessário cotejo analítico, bem como a falta de apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas e de *apenas alguns trechos dos acórdãos*, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso

confrontado e os arestos paradigmas. Em outros termos, nos moldes em que foi exposta a divergência jurisprudencial no recurso especial em apreço, não é possível aferir se sobre a mesma situação fática foi aplicada conclusão jurídica diversa.

7. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

AglInt no AREsp N° 1.114.487 / DF

Número Registro: 2017/0133011-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**Números Origem: 003164637201580700002015002031646020150020316460RES
316463720158070000**

PAUTA: 11/06/2019

JULGADO: 11/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro: MARCO BUZZI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: OSMIR LOPES DE MORAES

ADVOGADOS: PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS - DF036526

AVA GARCIA CATTÀ PRETA - DF044882

ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS - DF060460

AGRAVADO: SEST SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE

AGRAVADO: SENAT SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE

ADVOGADO: GUSTAVO VALADARES E OUTRO(S) - DF018669

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: OSMIR LOPES DE MORAES

ADVOGADOS: PAULO EMILIO CATTÀ PRETA DE GODOY - DF013520

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS - DF036526

AVA GARCIA CATTÀ PRETA - DF044882

ALAN DINIZ MOREIRA GUEDES DE ORNELAS - DF060460

AGRAVADO: SEST SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE

AGRAVADO: SENAT SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM DO TRANSPORTE

ADVOGADO: GUSTAVO VALADARES E OUTRO(S) - DF018669

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Consultor Jurídico do MPRJ, Promotor de Justiça Emerson Garcia, representa CNPG em audiência pública no Senado sobre a Reforma da Previdência

Representando o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPG), o Promotor de Justiça Emerson Garcia, Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, participou, no dia 20 de agosto, da audiência pública promovida pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), ocorrida no Senado Federal, sobre a Proposta de Reforma da Previdência, a PEC 6/2019. Em sua sustentação, Emerson Garcia destacou seis questões problemáticas do texto da Proposta de Emenda Constitucional e expôs suas respectivas incoerências.

O primeiro tópico diz respeito à exclusão da contagem do tempo ficto, o qual remete ao regime jurídico anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998; o segundo ponto trata da previsão de uma contribuição extraordinária, que, a seu ver, representará um verdadeiro confisco nos salários; o terceiro concerne à regra da aposentadoria por invalidez, a qual afetará demasiadamente os portadores de deficiências; o quarto ponto é relativo ao preceito que trata da pensão por morte, tendo em vista que desafia qualquer referencial de racionalidade, não alcançando a realidade brasileira; o quinto diz respeito aos direitos adquiridos, uma vez que a proposta aprovada estabelece que somente há direito adquirido ao servidor público federal; o sexto e último tópico refere-se à inserção na Constituição da República do art. 40, §22, III, o qual dispõe que a União fiscalizará os regimes próprios dos Estados, do Direito Federal e dos Municípios, proposição que afronta o pacto federativo.

Emerson Garcia finalizou sua alocação convocando os Senadores para uma reflexão sobre a necessidade de encontrar um equilíbrio nesse debate. “Nem tudo que consta da PEC é positivo e nem tudo que se argumenta contra a PEC é negativo. Dessa síntese, será encontrado um texto justo, que não vai sacrificar em demasia a essência do País, que é o seu povo. Não há um país sem um povo e esse povo não pode ser massacrado à luz de um pseudocrescimento do país, em bases que venham sobrecarregar sobremaneira e de modo desproporcional uma certa minoria”, concluiu o Consultor Jurídico do MPRJ.

O Coordenador da Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas), Ângelo Fabiano Farias da Costa, por sua vez, frisou que nem a Magistratura nem o Ministério Público se posicionaram totalmente contrários à PEC 6/2019. Entretanto, ressaltou que alguns aspectos do texto são “extremamente duros” para trabalhadores do Regime Geral de Previdência Social e servidores públicos. O Secretário Especial de Trabalho e Previdência do Ministério da Economia, Rogério Marinho, apontou para a necessidade da reformulação do regime de modo a garantir segurança jurídica e previsibilidade dos recursos, pois, segundo ele, a estrutura atual da Previdência é insustentável do ponto de vista fiscal.

A audiência promovida pela CCJ foi a primeira com o propósito de debater o texto da Proposta de Reforma da Previdência, o qual deverá passar pela apreciação dos Senadores. Presidida pela Senadora Simone Tebet, à mesa de trabalhos também estavam presentes o ex-Ministro da Fazenda e Professor da Universidade de Brasília (UnB), Nelson Henrique Barbosa Filho; o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Jayme Martins de Oliveira Neto; o Coordenador da Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público, Ângelo Fabiano Farias da Costa, representando a Frentas; o Presidente do Comitê dos Secretários de Fazenda de Estados e do Distrito Federal (Comsefaz) e Secretário de Fazenda do Estado do Piauí, Rafael Tajra Fonteles; e o Presidente Nacional do Fórum Permanente de Carreiras Típicas de Estado (Fonacate), Rudinei Martins.



MPRJ adere à Rede Nacional de Corregedorias em evento na Controladoria-Geral da União



No dia 1º de agosto, em Brasília, ocorreu a 2ª Reunião Ordinária da Rede de Corregedorias, uma iniciativa do Programa de Fortalecimento de Corregedorias (PROCOR). Durante o encontro, que contou com a presença do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Eduardo Gussem, e da Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha, o MPRJ, em conjunto com o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE-RN), a Defensoria Pública da União (DPU) e a Prefeitura Municipal de Vitória (ES) aderiram à rede, composta pela Controladoria-Geral da União (CGU), corregedorias-gerais de estados e capitais, além de outros poderes da União, Estados e Municípios que apoiaram o PROCOR.

“Com essa aproximação e integração de diferentes instituições, vamos poder trabalhar indicadores com maior eficiência e obter melhores diagnósticos e conclusões, que resultarão em entregas mais resolutivas e efetivas à sociedade”, afirmou Gussem.

O objetivo do evento foi promover discussões técnicas sobre discrepâncias patrimoniais; Processo Administrativo de Responsabilização de Entes Privados

(PAR); Matriz de Responsabilização nas apurações de agentes públicos; e Sistemas CGU-PAD e CGU-PJ. O Corregedor-Geral da União, Gilberto Waller Junior, salientou em seu discurso a oportunidade de compartilhar experiências e boas práticas entre as Corregedorias do país. Atualmente, somente os Estados do Amapá, Roraima e Sergipe não estão representados na Rede.



MPRJ conquista a segunda colocação no Prêmio CNMP 2019

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude matéria não-infracional (CAO Infância e Juventude/MPRJ), conquistou o segundo lugar no Prêmio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) 2019 com o projeto “Quero uma Família”, na categoria Defesa dos Direitos Fundamentais.

O anúncio dos ganhadores ocorreu durante a solenidade de abertura do 10º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, no Instituto Serzedello Corrêa, em Brasília, no dia 22 de agosto. No total, 1.030 projetos foram inscritos em nove categorias, sendo 148 na Defesa dos Direitos. Posteriormente, foram selecionadas 5 propostas por categoria, totalizando 45 projetos finalistas.

O prêmio ao “Quero uma Família” foi entregue pela Subprocuradora-Geral de Planejamento Institucional, Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, representando o Procurador-Geral de Justiça do MPRJ, Eduardo Gussem, ao Coordenador do CAO Infância e Juventude/MPRJ, Promotor de Justiça Rodrigo Medina, e aos Promotores de Justiça da Infância e Juventude Marcos Fagundes e Daniela Vasconcellos, criadores do projeto, junto com a também Promotora de Justiça Flavia Tamanini.

Em seu discurso de agradecimento pelo reconhecimento do trabalho desenvolvido pelo MPRJ através do projeto “Quero uma Família”, Rodrigo Medina pontuou que o projeto tem como objetivo dar visibilidade a crianças e adolescentes que não encontraram pretendentes à adoção, após consulta ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Ele estendeu os agradecimentos ao apoio recebido do Escritório de

Gerenciamento de Projetos (EGP/MPRJ), da Subprocuradoria-Geral de Planejamento (Subplan/MPRJ) e da Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação (STIC/MPRJ), além da equipe técnica e dos servidores do CAO Infância e Juventude/MPRJ.

A Subprocuradora-Geral de Planejamento Institucional, por sua vez, destacou que o “Quero uma Família”, elaborado a partir da prioridade constitucional de que é direito fundamental da criança e do adolescente o direito à convivência familiar, está plenamente alinhado com os objetivos estratégicos do MPRJ. Tellechea ressaltou, ainda, que é com muito orgulho que o MPRJ recebe este prêmio, em área na qual sempre teve atuação destacada, sendo este um dos primeiros projetos acompanhados pelo EGP/MPRJ.

Também estiveram presentes à solenidade de entrega do prêmio, em Brasília, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo Lima Neto; a Coordenadora do Centro de Apoio das Procuradorias, Conceição Lopes; a Corregedora do MPRJ, Luciana Sapha; a assessora da Corregedoria, Promotora de Justiça Clisanger Ferreira; o assessor de Planejamento Estratégico e Modernização Organizacional, Promotor de Justiça Leônidas Filippone; o Promotor de Justiça Bernardo Vieira; o Secretário de Logística, Ronaldo Bello Guimarães; o Secretário de Planejamento e Finanças, Marcelo Vieira de Azevedo; o assessor de Projetos de Tecnologia da Informação, Marco Antonio dos Santos Silva; a Gerente de Desenvolvimento Profissional, Suely Aparecida Nardi; a Assessora de Imprensa da Codcom/MPRJ, Denise Nascimento; e o auditor do MPRJ, Adriano Fernandes de Oliveira.

Projeto “Quero uma Família”

O projeto “Quero uma Família” espelha o conceito adotado institucionalmente pelo MPRJ de que a convivência familiar e comunitária é direito fundamental de toda criança e adolescente, sendo um dos focos prioritários do *Parquet* carioca a proteção dos direitos e garantias fundamentais daqueles que se encontram afastados de suas famílias. O programa foi criado com o objetivo de buscar famílias para crianças e adolescentes acolhidos que se encontram em condições de serem adotados, mas que ainda não encontraram interessados em sua adoção. Após consulta ao Cadastro Nacional de Adoção, e com o objetivo de facilitar essa busca, foi desenvolvido o sistema, contendo informações básicas e acessíveis aos interessados, mediante cadastramento e fornecimento de senha.

O Prêmio CNMP

O Prêmio CNMP foi instituído com o objetivo de dar visibilidade aos programas e projetos do Ministério Público brasileiro que mais se destacaram na concretização dos objetivos do Planejamento Estratégico Nacional do MP. Os projetos concorreram em nove categorias: Defesa dos Direitos Fundamentais, Transformação Social, Indução de Políticas Públicas, Redução da Criminalidade, Redução da Corrupção, Unidade e Eficiência da Atuação Institucional e Operacional, Comunicação e Relacionamento, Profissionalização da Gestão e Tecnologia da Informação.



MPRJ empossa novos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Em sessão solene realizada no dia 23 de setembro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deu posse aos novos membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2019-2021, eleitos em pleito realizado no dia 5 de agosto.

Foram empossados os Procuradores de Justiça Patricia Glioche, Maria da Conceição Santos, Patricia Silveira da Rosa, Pedro Elias Sanglard, Sumaya Therezinha Helayel, Kátia Porto, Maria Luiza São Paulo, Marlon Cordovil, Angela dos Santos e Cláudio Henrique da Cruz Viana. Também foram nomeados, como suplentes, os Procuradores de Justiça Dirce de Abreu, Ana Cíntia Lazary Serour, Luiz Fabião Guasque, Antonio Carlos Mesquita e Elizabeth de Lima. A Procuradora de Justiça Marcia Tamburini, também eleita suplente, tomará posse oportunamente.

A sessão foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem. A Corregedora-Geral, Luciana Sapha, afirmou ter orgulho dos novos membros, relatando confiança em uma atuação contundente do Órgão Especial. O termo de posse foi lido pelo Procurador de Justiça Cláudio Henrique, que deixou o cargo de secretário do Órgão Especial. O Procurador de Justiça José Roberto Paredes fez o discurso de boas-vindas em nome dos decanos, lembrando que o colegiado deve ter como único e irrestrito comprometimento o bem maior e o aperfeiçoamento da instituição, de modo assertivo, proativo e sensível. A Procuradora de Justiça Patricia Glioche, que assume a função de secretária do Órgão Especial, discursou em nome dos empossados. Ela frisou que os membros servem à causa pública e que o órgão precisa ser exemplo de



coragem, para que os Promotores de Justiça não recuem, atuando de forma correta e digna. O PGJ encerrou a solenidade, enaltecendo o trabalho dos colegas cujo mandato no Órgão Especial acaba de se encerrar.

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, pela Corregedora-Geral do MPRJ, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e por dez Procuradores de Justiça eleitos. Compete ao órgão, entre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral e propor a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.





MPRJ empossa novos Promotores de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deu posse a três novos Promotores de Justiça aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Classe de Promotor de Justiça Substituto.

Em solenidade realizada no Órgão Especial do Conselho Superior do MPRJ, no dia 1º de julho, foram empossados os Promotores de Justiça Marcos Victor Silva Juliano e Thaís Rodrigues Pinheiro. O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, presidiu a cerimônia, a qual contou com as presenças dos membros do Conselho Superior, da Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha, do Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira, do Presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Ertulei Laureano, da Presidente do Centro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio (Ceprojus), Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, do Secretário-Geral do MPRJ, Dimitrius Viveiros, e do Presidente do Conselho de Administração da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do MPRJ e da Defensoria Pública (Sicoob Coomperj), Virgílio Stavridis, além de diversos membros da instituição e de familiares dos empossados.

O PGJ parabenizou os novos Promotores de Justiça e o conselheiro Walberto Fernandes proferiu o discurso de boas-vindas aos novos integrantes da instituição. Em seu discurso de posse, Thaís Rodrigues destacou a natureza multifacetária de atuação do MPRJ. Marcos Victor, que leu o Termo de Compromisso perante os presentes, lembrou da sua atuação como técnico e analista do MPRJ para vislumbrar o que espera da nova etapa de sua carreira.



No dia 12 de setembro, a nova Promotora de Justiça substituta Mariáh Soares da Paixão foi empossada em nova solenidade do Órgão Especial do Conselho Superior do MPRJ. Estiveram presentes à cerimônia de posse o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem; a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha; a Ouvidora da instituição, Denise Fabião Guasque; o Presidente da Associação do MPRJ (Amperj), Ertulei Laureano; o Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e Direitos Humanos, Ricardo Ribeiro Martins; o Chefe de Gabinete do PGJ, Virgílio Stavridis; e as Procuradoras de Justiça Mária Luiza Bezerra e Cristiane Bernstein, representantes da comissão organizadora do concurso. Familiares da nova Promotora de Justiça também compareceram à cerimônia.

Em seu discurso, o PGJ falou à nova integrante da instituição sobre a importância de servir à sociedade, agindo com cautela, determinação e responsabilidade. A Procuradora de Justiça Lilian Pinho, integrante do Conselho Superior, deu as boas-vindas à nova Promotora de Justiça, reforçando a necessidade de unidade funcional. Emocionada, Mariáh Soares lembrou que percorreu sua carreira jurídica em três diferentes estados, antes de retornar ao Estado do Rio, declarando, por fim, ser uma honra passar a fazer parte do MPRJ.



MPRJ participa de reunião com Ministro da Justiça e defende veto integral à Lei de Abuso de Autoridade

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro participou, no dia 20 de agosto, da reunião do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ) com o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, que ocorreu no Auditório Tancredo Neves, no Ministério da Justiça, em Brasília. O MPRJ esteve representado pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira. Integrou a pauta da reunião o Projeto de Lei que define os crimes de abuso de autoridade (PL nº 7596/17), aprovado na Câmara dos Deputados no dia 14 de agosto.

Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, além do Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Victor Hugo Azevedo, participaram do encontro com o Ministro. Na ocasião, os dirigentes associativos apresentaram a Moro os pontos mais sensíveis do PL nº 7596/16, os quais afetam negativamente as carreiras e o sistema de Justiça. Uma vez defendida a necessidade de veto integral da proposta, foram entregues a Moro cópia de notas técnicas e ofícios

endereçados ao Presidente da República, Jair Bolsonaro, solicitando a medida. Além dos encaminhamentos feitos pelo Presidente do CNPG e da CONAMP, foi entregue um ofício, no mesmo diapasão, de autoria da *International Association of Prosecutors* (IAP).



MPRJ realiza 1ª Sessão Extraordinária do Órgão Especial de 2019

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, no dia 30 de setembro, no auditório do edifício-sede das Procuradorias de Justiça, a 1ª Sessão Extraordinária do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

A sessão solene foi aberta pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e marcou a posse da Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes de Souza Santos como membro efetivo eleito do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, para o biênio 2019/2021. O termo de posse foi lido pela Procuradora de Justiça Patrícia Glioche, a qual, na semana anterior, assumiu a função de Secretária do Órgão Especial.

A sessão também aproveitou para fulgir a despedida da Procuradora de Justiça Dirce de Abreu, que se aposenta. Dirce foi homenageada pelo PGJ e por outros colegas presentes.

O atual Colegiado foi eleito em votação no dia 05 de agosto e os novos membros tomaram posse em cerimônia realizada no dia 23 de setembro. Além de Maria da Conceição Santos, foram empossados os Procuradores de Justiça Patrícia Glioche, Patrícia



Silveira da Rosa, Pedro Elias Sanglard, Sumaya Therezinha Helayel, Kátia Porto, Maria Luiza São Paulo, Marlon Cordovil, Angela dos Santos e Cláudio Henrique da Cruz Viana.

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, pela Corregedora-Geral do MPRJ, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e por dez Procuradores de Justiça eleitos. Compete ao órgão, entre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral e propor a criação de cargos e serviços auxiliares, modificações na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público e providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.



MPRJ realiza o curso “Formulário FRIDA – avaliação de risco em casos de violência doméstica contra mulheres”

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais (CAO Criminal/MPRJ) e do Instituto de Educação e Pesquisa (IEP/MPRJ), realizou, no dia 6 de agosto, o “Curso sobre o Formulário FRIDA – Avaliação de risco em casos de violência doméstica contra mulheres”. O evento deu-se no edifício-sede da instituição e foi direcionado a membros, delegados, defensores, servidores e demais profissionais atuantes da rede de proteção. O Formulário Nacional de Risco e Proteção à Vida (FRIDA) visa à avaliação de riscos dos casos de violência doméstica e a melhorar a gestão na prestação de atendimento às vítimas.

Compuseram a mesa de abertura as Promotoras de Justiça Somaine Cerruti e Lúcia Iloízio, Coordenadora e Subcoordenadora do CAO Criminal/MPRJ, respectivamente; o Juiz Federal Valter Shuenquener, Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); e o Procurador Regional da República e membro auxiliar do CNMP/CDDF, Maurício Andreiulo.

A socióloga e pesquisadora Wânia Pasinato iniciou a palestra discorrendo sobre a iniciativa e o objetivo da criação do Formulário FRIDA desenvolvido por ela,

Manuel Lisboa e Ana Lúcia Teixeira, ambos também professores e pesquisadores. “O FRIDA é um instrumento desenvolvido para ajudar as mulheres a desenvolver sua capacidade de resiliência diante da dor da violência. Nosso objetivo é elaborar um instrumento técnico para avaliação dos riscos de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres e fazer a gestão desses encaminhamentos através das redes de atendimento”, explicou Wânia. Ela também discorreu sobre a importância de um bom atendimento às vítimas e a postura profissional diante da singularidade de cada caso para que o formulário tenha impacto positivo na assistência às vítimas.

A juíza de Direito Katherine Jatahy, integrante da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (COEM/TJRJ), Jatahy apresentou o formulário de risco desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e expôs projetos desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça a fim de garantir a segurança e a proteção máxima das mulheres vítimas de violência.

O formulário reúne perguntas destinadas a avaliar as condições físicas e emocionais da mulher e as condições objetivas, para prevenção do agravamento da violência em curto prazo. A coleta sistematizada e padronizada de informações, por meio do FRIDA, busca fundamentar e avaliar as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, além de outras medidas necessárias à proteção da mulher.

Governador do Estado do Rio de Janeiro prestigia o evento

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, prestigiou o curso sobre o Formulário FRIDA realizado na sede do MPRJ e reafirmou o empenho do governo estadual no fortalecimento ao combate à violência doméstica. Além disso, Witzel disse que vai trabalhar para reduzir os índices de casos de violência e buscará disseminar o uso do formulário pelas estruturas de controle.

Na sequência, Witzel foi recebido pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem; pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo da Silva Lima Neto; pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais; pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos, Ricardo Ribeiro Martins; pelo Chefe de Gabinete, Virgílio Stavridis; e pela Subcoordenadora do Centro de Mediação de Conflitos, a Procuradora de Justiça Ângela Maria Silveira.



Ouvidoria Itinerante do MPRJ completa uma década de atividades

No mês de agosto, o programa institucional Ouvidoria Itinerante do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro completou uma década de atividades, marcadas pela comunicação direta e pelo estreitamento dos laços entre a instituição e a população. Operando em diversos pontos da região metropolitana e interior do estado, o programa presta atendimento aos cidadãos e recolhe suas comunicações e denúncias sobre temas afetos a diversas áreas nas quais o MPRJ atua, tais como Educação, Saúde, Meio Ambiente e Direitos Humanos. O primeiro evento da Ouvidoria Itinerante do MPRJ foi realizado em 2009, na sede do clube Fluminense, no bairro das Laranjeiras, e, desde então, foram atendidas mais de 23 mil pessoas e recebidos cerca de 700 registros.

O projeto teve início na gestão do Promotor de Justiça Gianfilippo Pianezzola, que esteve à frente da Ouvidoria/MPRJ entre os anos de 2009 e 2013. “Quando assumi o setor, verifiquei que seus usuários não vinham ao prédio do MPRJ, preferindo usar o *site* ou o telefone 127 para fazer as comunicações. Os atendimentos na sede eram poucos – 340 durante o ano de 2008. A Ouvidoria Itinerante fez parte deste projeto de aproximação da instituição com a sociedade, de abrir as portas do nosso prédio e nos apresentarmos às

pessoas em suas próprias comunidades. O impacto foi imediato, também nos atendimentos internos. Tanto que, no ano de 2012, foram atendidas na sede 1.175 pessoas”, declarou.

A implantação gradativa do programa passou pela superação de algumas dificuldades logísticas à época. “Precisamos adquirir computadores, ter acesso à internet móvel e à eletricidade, além de pessoal que pudesse, legalmente, prestar serviços fora do prédio sede. Mas fomos evoluindo desde o primeiro evento, até a aquisição de um ônibus para dar suporte ao projeto. Era muito emocionante participar desta interação com a sociedade, especialmente quando atendíamos instituições ligadas às pessoas com deficiência. Conseguimos resolver várias demandas sociais. Além disso, o projeto foi um sucesso em termos de visibilidade da Instituição, pois os eventos sempre tinham grande divulgação da mídia e eram precedidos de reuniões com as associações de moradores para divulgação”, lembrou Pianezzola.

Em seguida, este à frente da Ouvidoria/MPRJ, até 2016, a Promotora de Justiça Georgette Marcovecchio Guerra, período em que houve grande ênfase na melhoria da estrutura das ações itinerantes. “Experimentamos uma fase de valorização do projeto, a partir da percepção da necessidade de o MPRJ estar ao lado do cidadão. Como forma de avançar, pedimos à administração a aquisição de tendas, mesas e cadeiras, que são utilizadas até os dias atuais, para melhor atender à população”, recordou ela.

A Promotora de Justiça destaca o quanto é valiosa a experiência do contato estreito com a população. “Os cidadãos passaram a conhecer melhor a atuação do promotor, a compreender o papel de nossa instituição e saber onde buscar por seus direitos. Estar ao lado das pessoas, sobretudo as mais carentes, diretamente nas ruas, e não apenas dentro dos gabinetes, nos amadureceu, com grande crescimento pessoal e profissional de todos os envolvidos”, avalia Georgette, que faz questão de ressaltar a existência de um banco de dados com as demandas dos cidadãos mapeadas por região e assunto, permitindo a definição de ações estratégicas e o fomento de políticas públicas. A promotora destaca ainda a participação voluntária e entusiasmada dos servidores do MPRJ e de todos os parceiros nos eventos, além da iniciativa de realização de quatro fóruns de Ouvidorias Públicas – também um fruto direto da participação de diferentes instituições nas atividades itinerantes.

A atuação da Ouvidoria Itinerante do MPRJ guarda na diversidade sua marca registrada. Ao longo de quase uma década, realizou eventos próprios e aderiu a campanhas diversas, tais como as caminhadas de apoio às pessoas com síndrome de Down e Autismo, e iniciativas como o Ação Global. No contexto da intervenção militar na Segurança Pública do Rio, esteve presente na prestação de serviços sociais em comunidades como a Vila Kennedy, Praça Seca e Jardim Catarina, em São Gonçalo. A Ouvidoria Itinerante/MPRJ atuou em vários Municípios, nas diversas regiões do Estado do Rio de Janeiro, tais como Volta Redonda, Barra do Pirai, Maricá, Barra Mansa, Nova Friburgo, Rio das Ostras, Nova Iguaçu, Queimados, Niterói, Belford Roxo, São Pedro da Aldeia e Angra dos Reis. Esteve ainda em

grandes comunidades da capital, como Mangueira, Salgueiro, Rocinha, Cidade de Deus, Complexo do Alemão, Santa Marta e Chapéu Mangueira – onde a população costuma sofrer com a carência de instrumentos para o exercício pleno da cidadania. A simbólica marca de 100 eventos realizados, com absoluto sucesso, foi alcançada em 21 de setembro de 2018, no Instituto Benjamin Constant, na Urca, zona Sul do Rio, nas comemorações do Dia Nacional de Luta da Pessoa com Deficiência – celebrado na mesma data.

O Procurador de Justiça José Roberto Paredes esteve à frente do setor entre janeiro de 2017 e dezembro de 2018. “A importância da Ouvidoria Itinerante é incomensurável e tais eventos devem, cada vez mais, ser incrementados e, na medida do possível, realizados em maior número de localidades do nosso Estado. Além da divulgação dos tradicionais canais de comunicação da população com a Ouvidoria do MPRJ, sempre mencionei, parafraseando a famosa canção da nossa MPB, que a ‘Ouvidoria tem que ir aonde o povo está’, exatamente para dar visibilidade e transparência da missão constitucional ministerial como principal guardião dos direitos da sociedade”, resumiu.

A gestão de Paredes foi marcada pelo incremento das parcerias com outras instituições, quando da participação nos eventos externos. Segundo o Procurador, neste caso também vale a máxima de que “a união faz a força”. “A soma de esforços é fundamental para o êxito em todas as atividades humanas. Quanto mais união, maior força! Além dos tradicionais parceiros participantes, tenho muito orgulho de ter trazido, para interagir em tais eventos e em cursos e palestras no MPRJ, o CVV (Centro de Valorização da Vida - Ligue 188), que realiza um trabalho de ajuda voluntária à população, com apoio emocional e prevenção do suicídio, que se entrosou muito com o trabalho das atendentes do *call center* da Ouvidoria, pelo telefone 127”, contou.

À frente da Ouvidoria/MPRJ desde janeiro deste ano, a Procuradora de Justiça Denise Fabião Guasque faz um balanço da primeira década de atividades da Ouvidoria Itinerante, ao mesmo tempo em que fala sobre o futuro da participação do MPRJ nos eventos externos. “O projeto demonstra a sensibilidade do ouvidor na busca pelo melhor atendimento ao cidadão, ouvindo-o, desenvolvendo a escuta ativa, humanizando o atendimento, aproximando a Ouvidoria/MPRJ do cidadão, efetivando uma Ouvidoria mais resolutiva. Para 2020, pretendemos voltar a interiorizar as ações itinerantes, consultando previamente o coordenador do CRAAI e os CAOs correspondentes, quanto ao município que mais demonstra necessidade de interlocução direta com o cidadão e entidades parceiras a serem convidadas para participarem do evento, inclusive membros do MPRJ que estejam atuando na comarca ou na região de abrangência do CRAAI”, resumiu ela.

A Ouvidoria Itinerante segue com uma agenda comprometida com as necessidades dos cidadãos fluminenses. “Em 2019, foram realizados seis eventos, iniciando com o Dia Internacional da Mulher, na Central do Brasil, quando tivemos 798 atendimentos; Caminhada Down da zona Oeste, na Praça Aquidauana, com 74;

Caminhada Down da zona Sul, em Ipanema, com 31 atendimentos; Caminhada do Dia Mundial da Conscientização do Autismo, na praia do Leblon, com 20; Evento referente do Idoso, no Largo da Carioca, com 77; e Idoso da zona Norte, na Praça Guilherme da Silveira, quando foram prestados mais 20 atendimentos”, enumerou a Ouvidora Denise Fabião Guasque.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

- ABUSO SEXUAL:**
18-19, 24-25;
- AÇÃO RESCISÓRIA:**
27, 52, 62-64, 75, 198;
- ALIENAÇÃO PARENTAL:**
17-18, 20-25;
- ANÁLISE BÍBLICO-JURÍDICA:**
233.
- AQUIESCÊNCIA RECURSAL:**
195, 206;
- CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS:**
79-80, 85, 88;
- CASE-BY-CASE:**
93-94, 107-109;
- CIDADANIA SOLIDÁRIA:**
229;
- CONCURSO PÚBLICO:**
79, 82-89, 91-92, 349, 375;
- DECISÃO JUDICIAL:**
36, 116, 118, 122, 134, 136, 138, 143, 249,
250, 331;
- DECISÕES PLURAIS:**
93-94, 101;
- DESISTÊNCIA:**
195, 199, 206-208;
- DIREITO BRASILEIRO:**
79, 84, 106, 115-116, 122, 205, 222, 334, 339;
- DIREITO DE FAMÍLIA:**
18, 21, 274;
- DOADOR FALECIDO:**
173-174;
- EFEITO DEVOLUTIVO:**
191, 195, 208, 210-213;
- EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO:**
195, 206, 208-209;
- EPISTEMOLOGIA:**
133-136, 152;
- ESFERA RECURSAL:**
195-196, 206, 212-214;
- ESTADO DE DIREITO:**
110, 137, 157, 162, 167, 170-171, 229;
- ESTATUTO:**
85, 157-163, 166-168, 185, 222, 242, 438;
- ÉTICA REPUBLICANA:**
229-230;
- FALSAS DENÚNCIAS:**
18-19;
- FRAUDE:**
79, 88, 92;
- IDENTIFICAÇÃO PESSOAL:**
173, 175;
- INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS EPISTÊMICAS:**
133, 139, 141, 143-145;
- INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS INTERPRETATIVAS:**
133, 139-140, 149;
- INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS NORMATIVAS:**
133, 139-140, 143-145, 147-149;
- INFERÊNCIAS PROBATÓRIAS:**
133, 136, 138-145, 147-149, 152;
- INTEGRIDADE:**
24-25, 52, 77, 107, 122, 125, 128, 143,
181, 184, 188, 190, 192, 339;
- ISSUE-BY-ISSUE:**
94, 106;
- JUÍZES:**
56, 62, 65, 82, 136, 143, 157, 159, 160,
162-163, 165-169, 171, 180, 184, 223,
230, 234, 261, 336, 346, 400, 408, 412;
- JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:**
27-34, 38, 44, 49-50, 53, 57, 61, 69, 224;
- JULGAMENTO-ALERTA:**
27, 63;
- JURISDIÇÃO:**
23, 27, 38, 41, 52-53, 75, 101, 105, 318,
414, 419-420, 422-424, 427-429, 433;
- LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO:**
195-200, 202-203, 205-214;
- LITISCONSÓRCIO:**
195-200, 202-214;
- MÉTODO *PER CURIAM*:**
94, 109;

MÉTODO *SERIAM*:

94, 109;

PESSOAS JURÍDICAS:

181-182, 184, 192;

PODERES:

53, 157-158, 189, 191-192, 227, 305, 420,
423, 426, 459, 484;

PRAGMATISMO JURÍDICO:

115-116, 124-125, 130;

PRECEDENTE CONTRADITÓRIO:

94;

PRINCÍPIOS NORMATIVOS:

116, 118, 120-121, 131;

PROBIDADE EMPRESARIAL:

181;

PROCESSO ADMINISTRATIVO:

89-90, 181, 184, 186-193, 241, 448, 459;

PRODUÇÃO PROBATÓRIA:

146, 195, 203;

PROJETO DE LEI:

17-18, 24-25, 28, 32-33, 117, 243;

RECLAMAÇÃO:

27, 38-39, 44-49, 65-67, 71-76, 331-336,
343-353, 355-358, 362-363;

RECURSO ESPECIAL:

27, 29, 31, 33, 35-36, 39-43, 47-53, 56-57,
60-62, 64-65, 67-71, 74, 149, 286, 399,
401-407, 415-418, 435-444, 446-447,
449-452;

RECURSO EXTRAORDINÁRIO:

31, 35-41, 44-46, 52-54, 57, 61, 64, 68-
70, 72-76, 281-285, 289-291, 295-299,
301-304, 311, 313-314, 317-318, 320-324,
328-330, 350, 375, 379, 406, 408-409,
414, 442;

RECURSOS:

27-37, 42-43, 47, 49-53, 56-57, 59, 61-64,
66-70, 73, 75-77, 94, 183, 190-191, 195,
206, 208, 241-244, 287, 368-369, 373,
379, 386, 399, 404-405, 408-409, 416,
431, 443, 448-449, 458;

REGRAS DE ÔNUS DA PROVA:

133, 143, 147;

REGRAS DE PRESUNÇÃO:

133, 143-147;

RENÚNCIA:

158, 195, 202, 206, 208;

RENÚNCIA:

158, 195, 202, 206, 208;

RESPONSABILIZAÇÃO:

101, 181, 184-188, 190-193, 343, 426, 459;

RESTRIÇÕES:

64, 130, 157, 160, 163, 168-170, 297, 300,
308, 334, 339, 401, 410, 415;

REVELIA:

195, 200, 202-203, 209-210, 214;

SILOGISMO JURÍDICO:

133, 136;

SOLUÇÃO CONSENSUAL:

221-224;

TÉCNICA DE JULGAMENTO COLEGIADO:

93-94;

TRANSPLANTE:

173-174, 178, 180;

TUTELA COLETIVA:

221-222, 245, 250;

VOTAÇÃO GLOBAL:

93-94, 107;

VOTAÇÃO POR QUESTÃO:

94.

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br