

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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

nº 76 abr./jun. 2020

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia  
Diretor

Robson Renault Godinho  
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton  
Diretor Honorário

## Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara	Guilherme Peres
Antônio do Passo Cabral	Guilherme Sandoval Góes
Antonio Henrique Graciano Suxberger	Marcelo Machado Costa Lima
Clarissa Diniz Guedes	Márcio Carvalho Faria
Fernanda Medina Pantoja	Ronaldo Cramer
Fredie Didier Jr.	Sofia Temer

*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](http://www.mprj.mp.br) | e-mail: [revista@mprj.mp.br](mailto: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

1995-2019 (1 - 74)  
2020 (75, 76)

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

**Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

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

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

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

**Virgilio Panagiotis Stavridis**  
Chefe de Gabinete

**Emerson Garcia**  
Consultor Jurídico

**Dimitrius Viveiros Gonçalves**  
Secretário-Geral do Ministério Público

**Sávio Renato Bittencourt Soares Silva**  
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 meio à pandemia da COVID-19, lança o 76º volume de sua terceira fase, em um momento no qual, entre os meses de maio e junho de 2020, tivemos um recorde de perdas humanas. Com o ápice evolutivo do contágio entre as pessoas, o País enfrenta ainda polêmicas discussões, a exemplo do potencial expansivo da liberdade de expressão e avanço de uma prática desafiadoramente inconstitucional, a propagação de falsas informações veiculadas pelas redes sociais.

O segundo trimestre de 2020 paira nebuloso entre o agravamento da pandemia do coronavírus, discussões emblemáticas no campo dos direitos e o abatimento econômico nacional, uma vez que a economia brasileira regrediu ao patamar do final de 2009. Problemas à parte, nossos colaboradores, sensíveis aos acontecimentos nacionais e mundiais, apresentam suas versões sobre os fatos e os acontecimentos que norteiam o mundo jurídico, político, filosófico e ideológico.

Temas como crimes cibernéticos, liberdade de expressão, prioridade absoluta à infância e à juventude, direito à privacidade, liberdade de informação e de imprensa, proteção legislativa de dados no Brasil, mitos, investigação criminal, conceito de ratificação no âmbito do Direito Constitucional português, pena de multa, responsabilidade penal do Estado, negócio processual e o papel das estatísticas na análise probatória, todos versados na seção Doutrina, desafiam o leitor a uma análise mais racional sobre os acontecimentos na atualidade.

A seção “Observatório Jurídico” apresenta duas opiniões. A primeira, do Emérito Professor Ives Gandra, a respeito do consequencialismo jurídico, e, a segunda, do Diretor da Revista de Direito, a respeito das estruturas partidárias e do modo como influenciam o poder estatal.

Na seção, o “Observatório Filosófico”, o Procurador de Justiça e Professor Adolfo Borges Filho apresenta em linguagem objetiva as três formas do tédio filosófico materializadas na obra de Martin Heidegger. Já o Doutor em Filosofia e Professor Delmo Mattos expõe a configuração do argumento contratualista de Thomas Hobbes, em uma breve e instigante análise.

Na seção “Pareceres”, foram selecionadas três análises jurídicas. A primeira foi apresentada ao Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), tratando sobre os reflexos da Lei Complementar nº 173/2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, no âmbito do Ministério Público. A segunda versou sobre a atuação da Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19. A terceira tratou de conflito de atribuições envolvendo a atuação do Ministério Público, em matéria de tutela coletiva, na análise de irregularidades nas condições de segurança em estádio desportivo.

A seção *Jurisprudência* apresenta importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, com realce para decisões que envolveram matérias de interesse institucional e do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, resta-nos agradecer uma vez mais aos autores a colaboração e desejar a todos os assinantes uma excelente leitura!

**EMERSON GARCIA**  
Diretor da Revista

**ROBSON RENAULT GODINHO**  
Vice-Diretor da Revista

# Sumário

## Doutrina

Crimes cibernéticos e óbices ao cumprimento do Acordo de Cooperação Internacional (MLAT) com base nos <i>standards</i> de causa provável e liberdade de expressão do Direito estadunidense <i>Ana Lara Camargo de Castro</i> .....	19
Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória <i>Edilson Vitorelli</i> .....	51
A coexistência de absolutas prioridades e o sistema brasileiro de proteção à infância e à juventude <i>Emerson Garcia</i> .....	75
Divulgação de lista de visitantes a detento e direito à privacidade e intimidade: critérios para ponderação com os direitos fundamentais à liberdade de informação e de imprensa <i>Flávio de Araújo Willeman</i> <i>Rodrigo Vieira Farias</i> .....	85
A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei nº 13.853/2019 à LGPD <i>Guilherme Magalhães Martins</i> <i>João Victor Rozatti Longhi</i> <i>José Luiz de Moura Faleiros Júnior</i> .....	105
A Ratificação no Direito Constitucional Português <i>Jorge Miranda</i> .....	119
O mito da democracia <i>Luiz Fabião Guasque</i> .....	131
Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas <i>Marcus Vinícius Amorim de Oliveira</i> .....	143
Pena de multa criminal - uma abordagem realística <i>Maria Fernanda Dias Mergulhão</i> .....	159

Possibilidade da responsabilidade penal do Estado. Eventualidade da sua oculpabilidade no ato ilícito. O “apelo societário” e a “exigibilidade da conduta diversa” <i>Ricardo Valente Souto de Castro</i> <i>Fernando Souto de Castro</i> .....	177
Negócios processuais e o Compromisso de Ajustamento de Conduta <i>Thiago Chacon Delgado</i> .....	195

## Observatório Jurídico

Da democracia à partidocracia: reflexos no crescimento da corrupção <i>Emerson Garcia</i> .....	213
O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico <i>Ives Gandra</i> .....	217

## Observatório Filosófico

Brevíssimo estudo sobre a filosofia do tédio em Martin Heidegger <i>Adolfo Borges Filho</i> .....	223
Hobbes e o contrato como fundamento do Estado moderno <i>Delmo Mattos</i> .....	229

## Peças Processuais

### Pareceres

Parecer. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG. Reflexos, no âmbito do Ministério Público, da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e alterou, de modo provisório ou permanente, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. <i>Emerson Garcia</i> .....	239
--	-----

Processo Administrativo. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária  
em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e  
Institucionais. Consulta formulada pela Força Tarefa de Atuação Integrada na  
Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19,

do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a respeito dos Itens nºs 1 e 2 da Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19.

*Guilherme Peña de Moraes*.....259

Processo Administrativo MPRJ nº 2012.00100662. Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível. Parecer da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais. Órgão suscitante: 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé em face da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Atuação ministerial frente às irregularidades nas condições de segurança em estádio desportivo no Município de Macaé. Criação pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais - CNPG de uma Comissão Permanente de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de futebol, cujo objetivo é debater Estratégias para a elaboração de propostas sobre questões relativas à segurança das instalações físicas e à redução da violência nos estádios de futebol.

*Marlon Oberst Cordovil* .....265

## **Jurisprudência**

### **Supremo Tribunal Federal**

#### **Jurisprudência Criminal**

*Habeas Corpus* nº 128.763 / Rio de Janeiro. *Habeas corpus*. Direito Penal. Processo Penal. Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família. 2. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. 3. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. 4. Ordem concedida. Expedição do ofício ao Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro. 5. Expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento.

*Segunda Turma, 04/08/2015*.....277

## Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.000 / Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Leis nºs 8.071/2018 e 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro. Concessão de benefício remuneratório para recomposição do poder aquisitivo das remunerações dos servidores do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Art. 37, X, da Constituição Federal. Matéria reservada à iniciativa privativa do chefe do poder executivo. Precedentes. Medida cautelar confirmada. Ação julgada procedente.

*Plenário, Sessão Virtual de 20/09/2019 a 26/09/2019*.....**287**

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.949 / Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional e Direito Processual Penal. Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro. Permanência de preso provisório em unidade do sistema penitenciário estadual. Limitação temporal da prisão preventiva. Alegada usurpação de competência da união para legislar sobre Direito Processual Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

*Plenário, Sessão Virtual de 18/10/2019 a 24/10/2019*.....**297**

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

*Habeas Corpus* nº 492.964 / Mato Grosso do Sul (2019/0039940-0). Processo penal. Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado e fraude processual. Júri. Art. 427 do CPP. Pedido de desaforamento. Indeferimento. Comprometimento da imparcialidade dos jurados não verificada. Alteração de entendimento do tribunal de origem. Exame aprofundado do contexto fático-probatório dos autos. Necessidade. Matéria incabível na via eleita. Constrangimento ilegal. Não ocorrência. *Writ* não conhecido.

*Quinta Turma, julgado em 03/03/2020*..... **317**

*Habeas Corpus* nº 556.629 / Rio de Janeiro (2020/0003064-2). Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Roubo. Dosimetria. Arma branca. *Novatio legis in melius*. Valoração como circunstância judicial. Pena-base acima do mínimo legal. Possibilidade. Desproporcionalidade do aumento na primeira fase da dosimetria. Flagrante ilegalidade evidenciada. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

*Quinta Turma, 03/03/2020*..... **333**

## Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.655.796 / Mato Grosso (2017/0038074-1). Recurso Especial. Processual civil. Ação Civil Pública. Propaganda enganosa. Posto de gasolina. Combustível. Marca comercial. Comercialização. Bandeira diversa. Matriz e filial.

Estabelecimentos. Autonomia jurídica. Inocorrência. Condenação. Publicidade enganosa. Redirecionamento. Possibilidade. Contrapropaganda. Arts. 56, inciso XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor. Direito à informação.  
*Terceira Turma, julgado em 11/02/2020*.....**345**

## **Noticiário**

MPRJ empossa novos Promotores de Justiça.....**371**

Luciana Sapha toma posse em seu segundo mandato como Corregedora-Geral do MPRJ .....**397**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....**401**



Detalhe da imagem da capa



# Doutrina





# **Crimes cibernéticos e óbices ao cumprimento do Acordo de Cooperação Internacional (MLAT) com base nos *standards* de causa provável e liberdade de expressão do Direito estadunidense**

*Cybercrimes and impediments in enforcing the Mutual Legal Assistance Treaty due to American law standards of probable cause and freedom of speech*

Ana Lara Camargo de Castro\*

## **Sumário**

1. Introdução. 2. Assistência judiciária mútua em matéria penal. 3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT. 4. Causa provável. 5. Liberdade de expressão. 5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão. 5.2. Exceções à liberdade de expressão. 5.3. Categorias incômodas protegidas. 6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil. 7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense. 8. Conclusão. Referências.

## **Resumo**

O artigo explora as complexidades da cooperação internacional nas investigações de crimes cibernéticos em razão dos standards de liberdade de expressão e causa provável dos Estados Unidos. O trabalho apresenta o desenvolvimento dos testes estabelecidos pela Suprema Corte para determinação de causa provável. Adicionalmente, examina a extensão da liberdade de expressão no direito estadunidense, as possibilidades de controle constitucional de leis e regulamentos, e as categorias de discurso não protegido.

## **Abstract**

*The paper explores the intricacy regarding international cooperation in cybercrimes investigations due to freedom of speech and probable cause standards in the United States.*

---

\* *Master of Laws* em *Criminal Law*, pela *State University of New York – SUNY/Buffalo*. Especialista em Inteligência de Estado e Segurança Pública, com Direitos Humanos, pela Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Professora de Pós-Graduação (EDAMP/ UNIGRAN, UCDB e IERB/FEMPERJ).

*This work presents the development of the Supreme Court tests to determine probable cause. Additionally, it examines the extension of freedom of speech in the American Law, the possibilities for judicial review of unconstitutional statutes and governmental acts, and the categories of unprotected speeches.*

**Palavras-chave:** Cooperação internacional com os Estados Unidos. Crimes cibernéticos. Causa provável. Liberdade de expressão.

**Keywords:** *International cooperation with the United States. Cybercrimes. Probable cause. Freedom of speech.*

## 1. Introdução

A apuração e o processamento de crimes cibernéticos são complexos devido à sofisticação do *modus operandi*, da grande facilidade de ocultação e da oportunidade de anonimato. Além disso, ainda que estabelecida a materialidade e a autoria, tais crimes impõem caminho tortuoso para a validação probatória e amiúde encontra óbice na insuficiência de conhecimento técnico dos investigadores e operadores do Direito. Ademais, tratando-se de empresas de tecnologia que controlam imensa gama de dados da população e, portanto, exercem poder cada vez menos limitado e mais relevante na dinâmica socioeconômica mundial, haverá enorme resistência no compartilhamento dessas ferramentas e informações com órgãos investigativos.

Inicialmente, há de se estabelecer na perspectiva deste artigo que quaisquer argumentos em defesa do amplo *free speech* são fortes, justos, relevantes, fundacionais da autonomia e da democracia. E, nesse sentido, todas as intervenções do poder público, em especial por seus braços coercitivos ou armados, devem ser restritas ao mínimo necessário, conservando-se a todo custo o delicado equilíbrio entre segurança e liberdade. Como disse Noam Chomsky, pensador sempre contrário à regulação estatal do pensamento e da manifestação:

Goebbels era favorável à livre expressão de pontos de vista que lhe agradavam. Stalin também. Mas se você realmente é favorável à livre expressão, isso significa que você é a favor da livre expressão precisamente para pontos de vista que você despreza. De outra forma, você não é favorável à livre expressão.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Resposta do linguista, filósofo, sociólogo e ativista estadunidense Noam Chomsky a estudante que o questionava quanto a sua posição intelectual no chamado *affair Faurisson*, no qual ele defendia a liberdade de expressão do professor francês Robert Faurisson de afirmar a inexistência do Holocausto e publicar trabalhos sustentando tal ponto de vista. Não obstante Chomsky tenha afirmado reiteradamente sua posição contrária ao pensamento de Faurisson, e apenas favorável ao seu direito de externá-lo, a polêmica acarretou-lhe infundável controvérsia e indelével acusação de antissemitismo. O trecho citado neste trabalho foi extraído do documentário *Manufacturing Consent*, de 1992, dirigido por Mark Achbar e Peter Wintonick.

As grandes corporações de tecnologia, em especial as Big 9 – Google, Amazon, Apple, Facebook, Baidu, Alibaba, Tencent, IBM e Microsoft – têm ocupado, paulatinamente, grande parte do status historicamente reconhecido ao Estado no controle social (WEBB, 2019). Essa transferência de poder deriva da aquisição de poderio político, econômico e até afetivo alcançado pelo domínio, muitas vezes exclusivo, de dados e metadados dos usuários.

A capacidade de manipulação dessas empresas é, de fato, atentado civilizatório contemporâneo mais significativo do que os tradicionais golpes de Estado que regularmente embaraçavam a construção de democracias no século passado. Todavia esse poder é menos evidente por suscitar a violação da liberdade de pensamento por vias sutis, inusitadas, inovadoras que contam com a servidão voluntária do usuário, valendo-se da inteligência artificial, do manuseio de algoritmos, da aplicação de recursos de *big data* e do emprego de métodos de abordagem comportamental de diversos ramos científicos, como Economia, Biologia, Sociologia, Antropologia, Psicologia.

Essa admirável nova sociedade cibernética é *conundrum* tanto para a Filosofia quanto para os Direitos Humanos Internacionais. Debate que não cabe no reduzido espaço desde artigo que pretende, simplesmente, auxiliar no entendimento jurídico dos óbices à cooperação internacional, vale dizer, tornar mais simples a compreensão dos argumentos de Direito estadunidense utilizados pelas empresas transnacionais e pelo governo norte-americano para negarem colaboração com órgãos investigadores, Ministério Público e Poder Judiciário.

Se esses argumentos são válidos ou simples formas de se esquivar somente se pode apurar caso a caso, não há resposta única, pronta. Se, ao fim, o Supremo Tribunal Federal vai assegurar a ampla soberania nacional e dispensar definitivamente o acordo de cooperação (MLAT) para corporações com filial, sucursal, subsidiária ou representação local ainda não se sabe. Persistirão, de todo modo, outras empresas simplesmente internacionais.

O importante para o escopo deste trabalho é tornar claro que, para lidar com Direito estadunidense, o operador brasileiro precisa conhecê-lo com maior profundidade. E isso não é comum no Brasil que, costumeiramente, liga-se mais ao Direito europeu-continental. O propósito aqui é auxiliar nessa missão, simplificando os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para permitir melhor compreensão e maior qualidade técnica dos pleitos apresentados judicialmente nas temáticas cibernéticas.

## **2. Assistência judiciária mútua em matéria penal**

Os caminhos para a cooperação jurídica internacional são: (a) a via diplomática, por meio da Chancelaria; (b) a autoridade central, por exemplo, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus), no âmbito do Ministério da Justiça;

ou (c) a via direta, por meio de cooperação policial, ou entre Ministérios Públicos, ou entre autoridades administrativas semelhantes (COAF, RF etc.).

A autoridade central é comumente acionada para o cumprimento de cartas rogatórias do Poder Judiciário ou auxílio direto a investigações do Ministério Público ou das polícias. E os pedidos podem contemplar citações, intimações, notificações, oitivas, provas documentais, afastamento de sigilo bancário, fiscal e telemático, repatriação de ativos, bloqueio, sequestro, busca e apreensão de bens e valores, entre outros.

Em relação aos Estados Unidos, o Decreto 3.810/2001 regula o *Mutual Legal Assistance Treaty* (MLAT), a Assistência Judiciária em Matéria Penal, que em matéria de delitos cibernéticos tem como principais finalidades a obtenção de dados cadastrais, o registro de criação de sites, a lista de acesso de páginas hospedadas no exterior, a remoção de conteúdo ou a suspensão de sites.

Os formulários, em português e inglês, deverão conter: (a) o nome da autoridade que conduz a investigação, o inquérito (IP) ou procedimento de investigação criminal (PIC) ou a ação penal; (b) a descrição da matéria e da natureza da investigação ou da ação penal, incluindo, até onde for possível determiná-lo, o delito específico em questão; (c) a descrição da prova, informação ou outra assistência pretendida; e (d) declaração da finalidade para qual a prova, informação ou assistência é necessária.

Quando possível, a solicitação deve conter: a) informação sobre a identidade e a localização de qualquer pessoa (física ou jurídica) de quem se busca uma prova; b) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser intimada, o seu envolvimento com o processo e a forma de intimação cabível; c) informação sobre a identidade e a localização de uma pessoa (física ou jurídica) a ser encontrada; d) descrição precisa do local ou pessoa a serem revistados e dos bens a serem apreendidos; e) descrição da forma sob a qual qualquer depoimento ou declaração deva ser tomado e registrado; f) lista das perguntas a serem feitas à testemunha; g) descrição de qualquer procedimento especial a ser seguido no cumprimento da solicitação; h) informações quanto à ajuda de custo e ao ressarcimento de despesas a que a pessoa tem direito quando convocada a comparecer perante o Estado Requerente; e i) qualquer outra informação que possa ser levada ao conhecimento do Estado Requerido, para facilitar o cumprimento.

### 3. Obstáculos jurídicos ao cumprimento do MLAT

Não obstante à cooperação internacional disciplinada pelo Decreto 3.810/2001, estima-se que mais de setenta por cento das solicitações enviadas aos Estados Unidos remanesçam sem atendimento ao argumento de ausência de causa provável (*probable cause*), estabelecida na 4ª Emenda ou de ferimento à liberdade de expressão (*freedom of speech*), estabelecida na 1ª Emenda. No Brasil, ainda há muito desconhecimento quanto à fundamentação utilizada para a recusa das empresas, justamente pela falta de familiaridade com o direito estadunidense.

Nos anos que sucederam a independência das colônias britânicas, o antagonismo entre Federalistas e Antifederalistas eclodiu, aqueles buscando pacificação no fortalecimento de um governo nacional, estes sustentando a preservação da supremacia dos Estados. Com a vigência da Constituição em 1789, após longo processo de ratificação, em especial como resposta às críticas antifederalistas, James Madison, então Deputado por Virgínia, propôs rol de emendas à Constituição que configurasse conjunto de direitos mínimos dos cidadãos frente ao novo e fortalecido governo central que, aprovado, tornou-se a *Bill of Rights* do povo (CASTRO, 2019). A referida Carta de Direitos, na sua edição original de 1791, continha dez emendas à Constituição, sendo que a 1ª e a 4ª Emendas dispõem, respectivamente:

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

O direito do povo à inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e propriedade pessoal contra buscas e apreensões não razoáveis não deve ser violado, e não devem ser emitidos mandados a não ser com causa provável apoiada por juramento ou declaração e descrevendo especificamente o local da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Ao fim da Guerra da Secessão, em 1865, com a rendição dos escravocratas do sul do país, entraram em vigor as chamadas Emendas à Guerra Civil, entre elas a 14ª emenda, que impôs conjunto de direitos a ser oposto pelos cidadãos também em desfavor dos Estados e não apenas em face do governo federal. A 14ª emenda estabelece que não haverá privação de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal e inaugurou a chamada doutrina da incorporação (*incorporation doctrine*) que, durante o século XX, permitiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), paulatinamente, incorporasse contra os Estados quase todas provisões da Carta de Direitos, originalmente destinadas contra os poderes da União (CASTRO, 2019).

Em matéria de delito cibernético, as empresas sediadas nos Estados Unidos utilizam-se dos seus regramentos pátrios – e ainda de suas políticas internas específicas – para justificar a negativa do cumprimento de ordens judiciais ou a cooperação direta. Há colaboração eventual, por meio dos canais de diálogo disponibilizados pelas grandes empresas provedoras de aplicações, como por exemplo Facebook, Twitter ou Microsoft, mas nesses casos não se trata de parceria, mas de atendimento a demandas específicas que, em regra, encaixam-se nas exceções legais estadunidenses ou se amoldam aos interesses das próprias empresas.

Desse modo, é preciso melhor entender essas regras e o fundamento legal dessas recusas. Este artigo concentra-se na análise da legislação norte-americana incidente à matéria, mas não avança na miríade de regulamentos corporativos disponibilizados em forma de formulários de adesão (EULA).

#### 4. Causa provável

A *probable cause* é o *standard* estabelecido na 4ª Emenda da Declaração de Direitos para a expedição de mandados de busca e apreensão de pessoas e coisas. É também o *standard* para busca e apreensão em situação de exceção à exigência de mandado, incluindo *arrest* (prisão).

Por ocasião da redação da *Bill of Rights* a preocupação dos *Framers* era no sentido de compensar o ressentimento das Colônias em relação ao Império Britânico que autorizava a seus soldados, munidos apenas de *general warrant* (mandado genérico), baseado em informações vagas e imprecisas, a adentrar quaisquer residências em busca de papéis ou quaisquer outras evidências de deslealdade à Coroa.

A 4ª Emenda contém, pois, proteção contra buscas e apreensões irrazoáveis, com ou sem mandado, e exigência de prévia obtenção de mandado específico e detalhado quanto ao que se busca e local de cumprimento, fundamentado em declaração juramentada (*affidavit* ou *sworn statement*).

Porém, a 4ª Emenda jamais conceituou causa provável e a construção do conceito se origina de sucessivas interpretações da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo da história. Destaca-se *Brinegar v. United States* (1949), caso referente a violação ao *Liquor Enforcement Act* de 1936, em que o veículo do acusado foi parado quase na divisa entre Oklahoma e Missouri e, em revista, no seu interior foram encontradas bebidas alcoólicas em contrariedade à referida lei.

Em *Brinegar*, a SCOTUS afirmou que existe causa provável quando os fatos e as circunstâncias, no âmbito do conhecimento do agente e sobre as quais ele tenha informação razoavelmente confiável, sejam, por si, suficientes para assegurar a crença por parte de pessoa de cautela razoável de que um crime está sendo cometido.

Em se tratando de *probable cause*, como o próprio nome sinaliza, está-se diante de probabilidades que não são técnicas e, sim, considerações de ordens fática e prática da vida cotidiana, diante das quais qualquer pessoa razoável e prudente agiria. A essência de todas as definições de causa provável é a base razoável para se acreditar na culpa (*reasonable ground for belief of guilt*).

Mais adiante, ao apreciar casos de causa provável para prisão sem mandado ou de expedição de mandado de busca e apreensão, a SCOTUS evoluiu para a elaboração de teste em duas etapas, no qual a justificativa deveria contemplar: (1) a revelação da base do conhecimento ou da conclusão fornecida pelo informante à polícia (*basis of knowledge*); e (2) o estabelecimento da confiabilidade (*reliability*) do informante ou da veracidade (*veracity*) do seu relato. É o que se extrai de *Aguilar v. Texas* (1964) e *Spinelli v. United States* (1969).



Em *Illinois v. Gates* (1983), todavia, a SCOTUS se distancia do teste estabelecido em *Aguilar* e *Spinelli* para doravante estabelecer que a base do conhecimento, a confiabilidade e a veracidade são, de fato, relevantes para a determinação da causa provável, porém, nenhum teste deve ser aplicado de forma rígida, prevalecendo a abordagem da “totalidade das circunstâncias” (*totality of circumstances approach*).

Desse modo, com a mudança de posicionamento havida em *Gates*, para a determinação da *probable cause* não há mais rigidez conceitual, articulada a partir de conjunto fixo de regras e o ponto nodal passa a ser a confiabilidade da informação como um todo. Para tanto contam, por exemplo, a identidade do informante, o histórico de confiabilidade estabelecido, a explicação da origem do conhecimento da informação, a predição acurada de comportamento geral, a predição específica de comportamento incriminatório, a corroboração por investigação policial independente etc.

A causa provável é, conforme *Gates*, conceito fluído, formulado com base em conclusões de senso comum acerca do comportamento humano. E lida, pois, com probabilidade e não certeza, em contexto factual específico.

Assim sendo, em matéria de cooperação jurídica internacional é preciso que todos os pedidos fundamentem adequadamente a causa provável de que o crime está sendo cometido, com respaldo na totalidade das circunstâncias, mas de forma a especificar com detalhamento a razão para o conhecimento da informação e seu grau de confiabilidade.

## 5. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é princípio fundacional dos Estados Unidos, estabelecido na 1ª Emenda da Declaração de Direitos, que garante aos cidadãos norte-americanos, primordialmente, o direito a criticar livremente o governo e suas instituições, sem medo de censura e perseguição cível ou penal. Em razão disso, o discurso – manifestado por fala, imagem, gesto ou escrito – não está em regra sujeito a limitação por agências governamentais ou seus servidores, sejam federais, estaduais ou locais, nos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

O primeiro caso paradigmático em *freedom of speech* é *Schenck v. United States* (1919). Durante a Primeira Guerra Mundial, Charles Schenck e Elizabeth Baer distribuíram panfletos afirmando que o alistamento obrigatório (*draft*) violava a 13ª Emenda que proíbe servidão involuntária. O material distribuído conclamava à desobediência ao *draft*. Schenck e Baer foram processados por infração ao *Espionage Act* de 1917 por tentativa de insubordinação militar e obstrução ao recrutamento.

A Suprema Corte afirmou a constitucionalidade da referida lei e foi a primeira vez em que articulou o “*clear and present danger test*”, vale dizer, afirmou que a 1ª Emenda não protege discurso capaz de gerar perigo claro e atual da prática de mal que o Congresso tenha o direito de prevenir, inclusive comparando tais panfletos à situação de quem grita “fogo” em teatro lotado.

No mesmo ano, a SCOTUS julgou *Abrams v. United States* (1919), em que cinco imigrantes russos, quatro anarquistas e um socialista, protestavam contra o governo e disseminavam material clamando por greve geral nas fábricas de munição para prejudicar a ação bélica estadunidense na Alemanha, ao argumento de que além de matar os alemães, os norte-americanos iriam também eliminar os trabalhadores da Rússia Soviética, recém vinda da Revolução Bolchevique que depôs o Czarismo.

A Suprema Corte decidiu que as proteções à liberdade de expressão são reduzidas em tempos de guerra e consideraram a referida propaganda política como ameaça ao esforço bélico, em *clear and present danger* suficiente para atender ao standard estabelecido em *Schenck*. Também em 1919, no mesmo contexto da Primeira Guerra Mundial, a SCOTUS julgou *Debs v. United States* (1919), caso em que Eugene Debs havia feito discurso público incitando sua audiência à obstrução do recrutamento militar, mantendo sua condenação com base no *Espionage Act*, de 1917.

Em 1925, a SCOTUS julgou *Gitlow v. New York* (1925) que versava sobre a distribuição de Manifesto da Esquerda (*Left Wing Manifesto*) que clamava pelo estabelecimento do Socialismo por meio de greves e ações para deposição do governo. *Gitlow* foi o *landmark case* que incorporou a proteção da 1ª Emenda da Declaração de Direitos, no que tange à liberdade de expressão, para ser invocada contra os Estados e não apenas em desfavor da União (*doctrine of incorporation*).

Apesar da incorporação protetiva, a condenação de Benjamin Gitlow foi mantida em violação à *New York's Criminal Anarchy Law*, ao argumento de que o Estado pode punir manifestações que coloquem em risco as fundações do governo organizado e ameacem sua deposição por uso de força, violência ou quaisquer meios ilegais. O caso teve famoso dissenso do Ministro Oliver Wendell Holmes Jr. no qual afirmou que “em sentido estrito, a única diferença entre a expressão de opinião e a incitação é o entusiasmo do manifestante pelo resultado”. Para ele, “eloquência pode incendiar a razão”, mas o discurso em questão não se destinava a induzir imediata conflagração, mas propunha rebelião em tempo futuro e incerto, o que não atenderia o standard de perigo claro e atual exigido em *Schenck*.

Esses casos criminais definiram os primeiros contornos históricos da liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Com o passar dos anos, o teste *Schenck* foi sendo abandonado à medida que análises mais sofisticadas foram se tornando imperiosas para a solução de fatos intrincados e socialmente complexos, construindo-se, sucessivamente, categorias específicas de expressão que constituem exceções à liberdade constitucionalmente assegurada.

### 5.1. Controle de constitucionalidade da limitação à liberdade de expressão

O controle de constitucionalidade (*judicial review*) da limitação ao discurso por ferimento à 1ª Emenda é feito pelas Cortes estadunidenses por meio dos testes de: *vagueness*, *overbreadthness*, *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *reasonableness*, a partir das cláusulas de *Equal Protection* (não discriminação) e *Due Process* (devido processo)

das 5ª e 14ª Emendas à Constituição. O controle é difuso, feito por quaisquer juízes ou tribunais estaduais em relação às suas próprias Constituições ou à Constituição Federal; e por juízes ou tribunais federais em relação à Constituição Federal. A Suprema Corte faz esse controle após expedição de *writ of certiorari* – admissão recursal das decisões dos tribunais estaduais ou federais, em temáticas de significância nacional ou de uniformização, por no mínimo quatro dos nove ministros.

Os níveis de escrutínio variam conforme a classe de pessoas (*equal protection*) e a liberdade (*due process*) em análise. Em matéria de *equal protection*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas por questões de raça, religião, origem étnica, imigração (e.g. regulação estadual de imigrantes legais); ao escrutínio intermediário leis, regulamentos e decisões que possam discriminar pessoas em razão de gênero, de legitimidade de nascimento, de imigração (e.g. regulação estadual de imigrantes ilegais); e ao escrutínio por base racional leis, regulamentos e decisões que possam discriminar em razão de deficiência, idade, preferência política e imigração (e.g. regulação federal de imigrantes). Em matéria de *due process*, por exemplo, submetem-se ao escrutínio estrito algumas leis, regulamentos e decisões relativos à liberdade de expressão e de imprensa, à livre associação, aos direitos dos acusados, ao direito ao voto; ao escrutínio intermediário algumas que esbarrem no direito à privacidade.

O Poder Judiciário analisa o interesse público evidenciado (proveito, vantagem, benefício, ganho, objetivo) e o design técnico da lei, regulamento ou decisão (seu *link*, nexos ou conexão com o interesse alegado), utilizando o critério de:

(a) *rational-basis* (base racional) ou razoabilidade (*reasonableness balancing*) quando há baixo nível de suspeita de interferência indesejável à proteção constitucional, bastando que o Estado demonstre interesse legítimo (*legitimate interest*) com a edição da lei, ato ou decisão, e que haja mero nexos racional (*rational link*) entre tal interesse e a lei, ato ou decisão;

(b) *intermediate scrutiny* (escrutínio intermediário) quando há médio nível de suspeita de violação à Constituição, sendo necessário que o Estado demonstre a existência de interesse importante, significativo (*important, significant interest*), devendo ser a lei, ato ou decisão substancialmente relacionada (*substantially related*) ao alcance de tal objetivo, e não mais onerosa que o necessário para atingi-lo; ou

(c) *strict scrutiny* (escrutínio estrito) quando há alto nível de suspeita, cabendo ao Estado demonstrar interesse ou vantagem realmente convincente (*compelling interest*) ou primordial (*overriding end*), devendo a lei, ato ou decisão ser estritamente confeccionada (*narrowly tailored*) para a obtenção do resultado, e o meio menos restritivo para atingi-lo (CASTRO, 2019).

Limitações à liberdade de expressão por meio de leis, regulamentos ou decisões baseados em conteúdo (*content-based*) em favor ou desfavor de pontos de vista ou opiniões (*view point discrimination*) recebem controle por escrutínio estrito (*strict scrutiny*), independentemente do local onde o discurso ocorra. Escrutínio estrito é

o critério que também se aplica a limitações legais, regulamentares ou decisórias de liberdade de expressão, em fórum público ou privado, baseadas em conteúdo (*content-based*) em razão da matéria (*subject-matter*) do discurso. Todavia, regulações de conteúdo neutro (*content-neutral*) pertinentes a data, local e forma de expressão, em fóruns públicos ou privados, recebem escrutínio intermediário.

Limitações a discurso que ocorra em ambiente governamental, não público, ou em locais subsidiados ou financiados com recursos públicos são controladas pelas Cortes por escrutínio estrito se se referirem a conteúdo relacionado a opinião ou ponto de vista; e por razoabilidade se versarem sobre conteúdo neutro ou relacionado a determinada matéria. Algumas manifestações não estão sujeitas à proteção constitucional, como obscenidade, solicitação ao crime, provocação para briga, pornografia infantojuvenil; ou têm proteção limitada como é o caso do discurso comercial ou propaganda (que em certos casos impõe escrutínio intermediário) e da difamação (que exige *mens rea* específica).

*Vagueness doctrine* se refere à análise da suficiência de precisão na redação de regulamentos ou de leis cíveis e penais para dar advertência (*fair warning; sufficient warning*) à pessoa média (comum, de inteligência ordinária) de que determinada conduta é permitida ou proibida, ou configura ilícito. A análise de conteúdo vago se destina a coibir a aplicação discriminatória ou arbitrária, e em Direito Penal estadunidense integra o conceito de Legalidade.

*Overbreadth doctrine* se refere à amplitude de lei ou regulamento que limite o direito de expressão de tantos indivíduos ao ponto de que sua existência no ordenamento se torne mais perigosa e violadora às liberdades constitucionalmente asseguradas do que a própria conduta que se quer individual ou isoladamente limitar.

## 5.2. Exceções à liberdade de expressão

Não obstante a vasta proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos há categorias de discursos não protegidas (*unprotected speeches*), para as quais a Suprema Corte admite restrição excepcional. Em regra, são manifestações consideradas de baixo valor ao status da 1ª Emenda. São elas:

### (a) Difamação (*defamation*)

Afirmção falsa e pública feita sobre fato capaz de causar ofensa à imagem ou à reputação da pessoa representada; acarretar desprezo ou desrespeito do público em geral; ou causar prejuízo à profissão ou empresa do ofendido. A restrição abrange tanto *libel* quanto *slander*, sendo a primeira a afirmação difamatória por escrito, e a segunda oral. *Defamation* trata-se de asserção de fato desabonador ou ilícito, dirigida nominalmente a determinada pessoa ou com sua implicação direta.

Para configurar difamação – e não simples opinião (*opinion*) – o estado mental (*mens rea*) do autor, se pública a vítima, deve ser de conhecimento (*knowledge*) de

que os fatos alegados são inverídicos ou de grave negligência e desconsideração (*reckless disregard*) pela verdade; ou, sendo a vítima pessoa comum, ao menos simples negligência (*negligence*) em determinar a veracidade.

Em *Rosenblatt v. Baer* (1966), o Ministro Potter Stewart definiu que “o direito à proteção da reputação contra violação injustificada e dano injusto reflete simplesmente o conceito básico de dignidade essencial e valia de cada ser humano – conceito que está na raiz de qualquer sistema decente de liberdade ordenada”.

O caso paradigmático é *New York Times Company v. Sullivan* (1964). Durante a ascensão do *Civil Rights Movement*, o jornal *New York Times* publicou anúncio solicitando doações para auxiliar na defesa de Martin Luther King Jr. em acusações de perjúrio. O anúncio continha afirmações, algumas falsas, sobre a ação policial dirigida a estudantes que participavam de manifestações. O Comissário de Segurança Pública do Alabama, Lester Bruce Sullivan, sentiu-se ofendido com o criticismo da matéria, muito embora seu nome não fosse expressamente mencionado.

Após o NY Times recusar a retratação pleiteada, Sullivan processou civilmente o jornal e um grupo de pastores afro-americanos por *libel*, demandando reparação (*compensatory damages*) e indenização punitiva (*punitive damages*). Júri local fixou quinhentos mil dólares de valor total, o que foi confirmado pela Suprema Corte do Estado do Alabama. Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, afirmou que para caracterizar a violação à 1ª Emenda quanto a pessoas públicas é necessário que a parte demonstre que o estado mental do agente (*mens rea*)<sup>2</sup> era *knowledge* ou *gross recklessness* (ou na linguagem tradicional da *common law*: *actual malice*), ou seja conhecimento da falsidade ou grave negligência quanto à apuração do conteúdo da afirmação. A SCOTUS reverteu a condenação e estabeleceu que em relação a agentes públicos, seja para o estabelecimento de *compensatory* ou *punitive damages*, é necessária a prova de *actual malice* (vale dizer, *knowledge* ou *reckless disregard*).

Em relação a *private individuals*, ou seja, indivíduos que não sejam agentes ou figuras públicas, a Suprema Corte entende que há maior necessidade de proteção, porque as pessoas comuns têm menos oportunidades para resposta do que pessoas públicas e, portanto, estão mais vulneráveis aos danos causados pela difamação. E por não se exporem, voluntariamente, ao risco de falsidades difamatórias, merecem maior compensação. Desse modo, no caso de pessoas comuns, os Estados não são obrigados a exigir o mesmo standard mental (*mens rea*) elevado para a responsabilização do autor do comentário por danos compensatórios. Todavia, não se admite responsabilidade objetiva pura nem o estabelecimento de indenização punitiva sem standard inferior a *knowledge* ou *gross recklessness* (*actual malice*), conforme *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974).

<sup>2</sup> Em Direito estadunidense e para fim deste artigo entende-se como *elements of the offense* (elementos do delito) ou *elements of the crime* (elementos do crime) a estrutura bipartida: *actus reus* e *mens rea*, característica da *common law*. E não a estrutura tripartida clássica (dolo e culpa na culpabilidade) ou finalista (dolo e culpa no fato típico): fato típico, ilicitude e culpabilidade, característica de alguns países de *civil law*, como a Alemanha e o Brasil. Todavia, o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), em vigor no Brasil desde 1º de setembro de 2002 (Decreto nº 4388/2002), utiliza-se da estrutura bipartida: elemento material e elemento mental (elemento psicológico), conforme seu artigo 30.

### **(b) Ameaças verdadeiras (*true threats*)**

Ameaças sérias e deliberadas não estão no escopo da 1ª Emenda. Entretanto, hipérbolos, consistentes em exageros propositados para reforço de argumento dramático, são protegidas pela liberdade de expressão. O *leading case* é *Watts v. United States* (1969), em que Robert Watts, durante protesto no ano de 1966, teria ameaçado matar o Presidente dos Estados Unidos caso fosse forçado a servir e lutar na Guerra do Vietnam, afirmando que “se fosse obrigado a carregar um rifle o primeiro homem que gostaria de encontrar é L.B.J.” (“*If they ever make me carry a rifle the first man I want to get in my sights is L.B.J.*”), em referência a Lyndon Baines Johnson. A Suprema Corte, revertendo condenação da justiça federal, confirmada pela *United States Court of Appeals for the District of Columbia*, entendeu que se tratou de hipérbole política, firmando a necessidade de análise contextual para compreensão da natureza da afirmação. E esclareceu que a linguagem na arena política é com frequência vituperativa, abusiva e inexata.

Ao julgar *Virginia v. Black* (2003), a Suprema Corte afirmou que hipérbole política se distingue de ameaça verdadeira porque esta ocorre quando a pessoa pretende comunicar séria expressão de intenção de cometer ato de violência ilegal contra indivíduo em particular ou grupo de indivíduos. O comunicador não necessita pretender cumprir de verdade a ameaça, basta que seu discurso acarrete o medo da violência e a disrupção que esse medo provoca.

Em *Black*, houve o julgamento conjunto de Barry Black, Richard Elliot e Jonathan O’Mara que foram condenados criminalmente por lei do Estado da Virgínia que tipificava a queima de cruz na propriedade de terceiros, em vias ou espaços públicos. Em 1998, Black havia liderado reunião da Ku Klux Klan, com cerca de trinta participantes, no terreno de propriedade privada de um deles, próximo à via pública, na qual, além de ofensas e ameaças à comunidade afrodescendente e latina em geral (entre outras: “*I would love to take a .30/.30 and just randomly shoot the blacks*”), houve a queima de uma cruz enquanto os manifestantes cantavam *Amazing Grace* com uso de alto-falantes.

No mesmo ano, Elliot e O’Mara, que não eram membros da KKK, tentaram atear fogo em uma cruz no quintal de James Jubilee, afro-americano vizinho de Elliot. A queima foi parcial e a motivação fora reclamação que Jubilee havia recentemente feito à mãe de Elliot, porque ele efetuava disparos de arma de fogo no quintal da casa, em razão de praticar tiro como hobby.

A Suprema Corte do Estado da Virgínia havia declarado o tipo penal inconstitucional em violação à 1ª Emenda por se tratar de *content-based cross-burning statute*, vale dizer lei que restringe pelo conteúdo do discurso e não pela intenção do autor. Em resumo, o legislador estadual escolheu a queima de cruz como discurso ameaçador em si. A Suprema Corte, todavia, entendeu que a lei estadual pode, sim, limitar especificamente a queima de cruz por se tratar de forma particularmente virulenta de expressão, associada à história do reino de terror imposto pela Ku Klux Klan, remanescendo como símbolo de ódio potente e compartilhado entre grupos de determinada identidade e ideologia. Entretanto, a SCOTUS concluiu que a previsão

expressa da lei da Virginia no sentido de que a queima de cruz deve ser *prima facie* evidência da própria intenção de intimidar pessoa ou grupo (o ato por si autoriza, portanto, que os jurados possam inferir o dolo do autor) é inconstitucional por ser excessivamente ampla e inespecífica (*overbreadth doctrine*).

### (c) Provocações para agressão ou tumulto imediatos (*fighting words*)

Palavras ou expressões proferidas cara-a-cara (*face-to-face personal insults*), que são inerentemente insultantes e tendentes a resultar em briga ou tumulto imediatos. A exceção é governada por *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), em que Walter Chaplinsky foi condenado por lei estadual que tipificava crime de proferir em via pública discurso intencionalmente ofensivo, irônico ou perturbador. Testemunha de Jeová, ele distribuía material na rua em favor da sua crença e em ataque a outras religiões, tendo também chamando o *marshal* local de “maldito gangster” e “maldito fascista”. A Suprema Corte manteve a condenação sustentando que esse discurso estava desprotegido constitucionalmente por acarretar ofensa direta ao seu alvo e ser capaz de provocar, de pronto, retorsão e perturbação da tranquilidade.

Em *Cox v. Louisiana* (1965), a SCOTUS esclareceu que o discurso indesejado que enseja controvérsia e polêmica não é inconstitucional, haja vista que a proteção assegurada pela 1ª Emenda tem exatamente como função convidar à disputa. Em 1961, o Reverendo Benjamin Elton Cox liderou grupo de cerca de dois mil afro-americanos que realizava protesto contra a prisão de vinte e três membros do *Congress of Racial Equality* (CORE) que haviam sido presos por piquete contra a segregação racial. Cox foi condenado por perturbação da tranquilidade e obstrução de via pública, condenação confirmada pela Suprema Corte de Louisiana. A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a lei estadual por violação aos seus direitos de expressão e assembleia.

A SCOTUS observou que a tipologia era vaga (*vagueness doctrine*), ou seja, imprecisa de modo a tornar seus termos incompreensíveis à pessoa média e, portanto, de inadmissível arbítrio do operador na sua aplicação. Afastou a definição legal estadual de perturbação da tranquilidade por permitir imputação genérica em casos de simples agitação, transtorno, inquietação, entrave, embaraço, interrupção.

E, da mesma sorte, afastou a imputação de obstrução de via pública por excessiva discricionariedade que a lei conferia às autoridades policiais, eis que o quarteirão junto à Corte local, embora lotado de pessoas portando cartazes e cantando, não estava inteiramente obstruído, e não havia essa intenção por parte do grupo que protestava. Desse modo, o discurso não poderia ser considerado violento ou provocador de violência, e em consequência silenciado, apenas porque algumas pessoas podem reagir violentamente a ele, eis que a incitação ao debate, ainda que exaltado, é parte constituinte da liberdade que a *Bill of Rights* pretendeu assegurar.

Em *Snyder v. Phelps* (2011), a Suprema Corte tornou a afirmar que a liberdade de expressão não pode ser restringida simplesmente porque é incômoda ou desperta desprezo. E afirmou que se há princípio fundamental subjacente à 1ª Emenda é

que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável, citando *Texas v. Johnson* (1989), caso de profanação da bandeira norte-americana.

A SCOTUS sustentou que, em realidade, o ponto nodal de toda proteção à expressão é justamente blindar as escolhas de conteúdo que na visão de algumas pessoas são equivocadas ou mesmo nocivas, citando *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* (1995), caso de recusa de inscrição de grupo LGBT para participação em parada de veteranos de guerra no dia de Saint Patrick. Em *Hurley*, a SCOTUS, revertendo decisão da Corte Estadual, entendeu haver violação ao direito de expressão dos organizadores do evento (veteranos) na imposição da participação do grupo solicitante, cuja mensagem era o orgulho da origem irlandesa como homens e mulheres abertamente LGBT, portanto, sem qualquer correlação com a mensagem original que a parada pretendia transmitir.

#### (d) Incitação (*incitement*)

O discurso que milita em favor de uso de força, violência ou infringência à lei é protegido constitucionalmente, desde que tal militância não se destine à incitação imediata. *Brandenburg v. Ohio* (1969) é caso que dá clara dimensão da relevância do direito de expressão para o povo norte-americano. Clarence Brandenburg era líder da Klu Klux Klan no interior de Ohio e telefonou para um repórter de uma emissora de televisão de Cincinnati convidando para reunião do grupo que haveria em uma fazenda.

O repórter foi ao local acompanhado de *cameraman* e filmou o evento. Com base nas filmagens, Brandenburg foi condenado com base no *Ohio Criminal Syndicalism Statute* por militar dever, necessidade ou acerto da prática de crime, sabotagem, violência e terrorismo como meio de se obter reforma política, econômica ou social, e por voluntariamente se juntar a sociedade, grupo ou reunião de pessoas formada com o fim de ensinar ou militar doutrinas de sindicalismo criminal. A condenação foi mantida pela Corte de Apelação e também pela Suprema Corte de Ohio.

Um dos filmes mostrava doze figuras encapuzadas, algumas portando armas de fogo, reunidas no entorno de uma grande cruz de madeira, que eles queimaram. Palavras que puderam ser captadas eram derogatórias a afrodescendentes e judeus. Na sequência do mesmo filme, Brandenburg afirmava que não se tratava de organização vingativa, mas se o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte continuassem a suprimir os direitos dos brancos, de raça caucasiana, retaliação seria possível. Outro filme mostrava seis figuras encapuzadas e Brandenburg falava que, pessoalmente, ele achava que o *nigger*<sup>3</sup> deveria retornar para a África e o judeu para Israel. Alguns participantes carregavam armas, mas não o orador.

Por unanimidade, a Suprema Corte reverteu a condenação de Brandenburg, assegurando-lhe o direito de expressão. A SCOTUS declarou inconstitucional a lei

<sup>3</sup> *Nigger* é insulto racial, derivado do latim *niger*, negro. Palavra usada nos Estados Unidos em contexto pejorativo e depreciativo, referida atualmente com “*the N-word*”.



estadual por ser excessivamente ampla (*overly broad*) e proibir, sob pena de sanção penal, mero discurso de militância violenta ou sindicalismo criminal e o direito de assembleia para defender tal ação, sem fazer distinção entre defesa e ensino abstrato dessas práticas, e incitação. Constitui, portanto, exceção à proteção o discurso que defende uso da força ou violação à lei que: (a) seja direcionado a incitar ou promover iminente ação ilícita; ou (b) seja capaz de incitar ou promover esse tipo de ação.

#### (e) Obscenidade (*obscenity*)

Material sexualmente explícito é protegido pelo direito de expressão da 1ª Emenda, desde que não seja obsceno. O teste de obscenidade foi estabelecido em *Miller v. California* (1973). Marvin Miller foi condenado por distribuição de material obsceno, conforme lei do Estado da Califórnia, por postagem (correios) não solicitada de propaganda de venda de material ilustrado sexualmente explícito – quatro livros de conteúdo adulto intitulados: “*Intercourse*”, “*Man-Woman*”, “*Sex Orgies Illustrated*” e “*An Illustrated History of Pornography*”; e um filme intitulado “*Marital Intercourse*”.

Historicamente, os casos envolvendo a temática de pornografia eram regulados por *Roth v. United States* (1957) e *Memoirs v. Massachusetts* (1966). Em *Roth*, a Suprema Corte havia estabelecido que todas as ideias que possam ser redimidas pela mínima importância social, ainda que não ortodoxas, controversas e odiosas em relação às opiniões prevalentes em determinado contexto, todavia, a história da 1ª Emenda implica a completa rejeição da obscenidade como forma de expressão protegida constitucionalmente.

A SCOTUS fixou em *Roth* que o teste para se aferir tal obscenidade seria: “se para a pessoa média, aplicando standards comunitários contemporâneos, o tema dominante no material em análise, considerado como um todo, apela ao interesse lascivo”. *Roth* estabeleceu teste a partir da pessoa média, vale dizer, pessoa hipotética razoável e de boa-fé, descartando parametrizar a partir de percepções de pessoas particularmente sensíveis por moralismo, religiosidade ou outros fatores. E exigiu também que a conclusão fosse obtida quanto ao tema dominante no material como um todo e não apenas diante de trechos isolados.

Em *Memoirs*, a SCOTUS avançou em *Roth* e estabeleceu novo teste, agora em três etapas. Deve ser estabelecido que: (a) o tema dominante do material, considerado como um todo, apela a interesse lascivo em sexo; (b) o material é patentemente ofensivo porque afronta os standards comunitários contemporâneos em relação à descrição ou representação de assuntos sexuais; e (c) o material é totalmente sem valor social redentor (*utterly without redeeming social value*). Assim é que enquanto *Roth* presumia a ausência mínima de valor social diante de qualquer material obsceno, *Memoirs* passou a requerer a prova de que o material seja irremediavelmente sem valor social.

Em *Miller*, a SCOTUS abandonou o teste *Memoirs* e concebeu novos parâmetros para o teste de obscenidade. As diretrizes para se aferir a possibilidade de regulação estatal passaram a ser: (a) se a pessoa média, aplicando standards contemporâneos

da comunidade, acharia que o trabalho, como um todo, apela a interesse lascivo (*prurient appeal*); (b) se o trabalho descreve ou representa, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especificamente definida em lei estadual (*patent offensiveness*); e (c) se o trabalho, analisado com um todo, carece de sério valor literário, artístico, político ou científico.

O teste *utterly without redeeming social value* foi afastado em *Miller*. E a SCOTUS definiu que a análise dos critérios para definir o que é "*prurient appeal*" e "*patent offensiveness*" pode ser feita com base nos standards prevalentes na comunidade local, e não nacional.

O teste *Miller* ainda é autoridade governante em obscenidade, muito embora a problemática seja histórica e insolúvel, como disse o Ministro Potter Stewart, em *Jacobellis v. Ohio* (1964)<sup>4</sup>, a Suprema Corte está "diante da tarefa de tentar definir o indefinível" ("*faced with the task of trying to define the undefinable*"). Ou como disse o Ministro John Marshall Harlan II, em *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas* (1968)<sup>5</sup>, trata-se do "intratável problema da obscenidade" ("*intractable obscenity problem*").

Mais à frente, em *Pope v. Illinois* (1987), a Suprema Corte explicitou que as duas primeiras partes do teste *Miller* – *prurient appeal* e *patent offensiveness* – devem ser julgadas conforme os padrões contemporâneos da comunidade local, porém, a terceira parte – *serious literary, artistic, political, or scientific value* – deve ser determinada com base na pessoa razoável (*reasonable person*)<sup>6</sup> hipotética, ou seja, em se saber se essa pessoa abstrata, média e correta, encontraria valor no material em análise. *Pope* versava sobre instruções dadas aos jurados quanto à aplicação integral do teste *Miller* com base nos parâmetros da comunidade local, no julgamento de Richard Pope e Charles Morrison, proprietários de uma loja de revistas e livros de conteúdo adulto.

Não há conceituação definitiva para atribuir sério valor a determinada expressão erótica ou pornográfica. E com o advento da internet, a Suprema Corte identificou em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002), a problemática de não haver standard nacional para definição de obscenidade online. Em teoria, o teste *Miller* poderia atingir a quase totalidade dos produtores e distribuidores de pornografia *hardcore*, bem como alguns de conteúdo *softcore*, além de boa parte de material *realcore*<sup>7</sup>, mas, na

<sup>4</sup> Caso em que a Suprema Corte reverteu condenação de Nico Jacobellis, gerente de um cinema em Cleveland Heights, no Estado de Ohio, pela exibição do filme francês *Les Amants*, do diretor Louis Malle.

<sup>5</sup> Caso em que a Suprema Corte reverteu, por violação à 1ª Emenda e *vagueness*, proibição de exibição do filme francês *Viva Maria*, do diretor Louis Malle, baseada em censura do *Motion Picture Classification Board* da cidade de Dallas, no Estado do Texas.

<sup>6</sup> O *standard* de *reasonable person* (pessoa razoável) refere-se ao padrão mediano racional de atenção, cautela, conhecimento, experiência, consciência, informação, senso de justiça e imparcialidade conjecturado como adequado por parte de uma pessoa hipotética razoável. Não se refere a estudo estatístico ou empírico da média do conjunto social, mas à razoabilidade socialmente esperável de pessoa abstrata ordinária e de boa-fé. É *standard* objetivo e não subjetivo, pois não leva em consideração intenção, pensamento ou estado mental específico ou particular de qualquer pessoa. Tampouco depende de inteligência, temperamento ou maturidade. É misto de pessoa média com pessoa ideal. Em resumo, é a personificação do parâmetro de alguém tanto comum quanto correto.

<sup>7</sup> *Hardcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo explícito, com atuação desempenhada para a câmera e com uso de recursos técnicos de luz, som, maquiagem, cenário, edição

prática, não há consenso quanto ao que é realmente obsceno e censurável, e nem grande interesse governamental de restrição nessa temática, para além dos contextos de pornografia infantojuvenil e tráfico de pessoas.

O indefinível e intratável, do ponto de vista conceitual, talvez continue sendo analisado pelo standard "*I know when I see it*", imortalizado pelo Ministro Potter Stewart em *Jacobellis*, ao afirmar que, com base nas 1ª e 14ª Emendas, as leis penais nessa área eram constitucionalmente limitadas à pornografia *hardcore* e que ele não faria tentativa de definir que tipo de material estaria contemplado nessa descrição, porque talvez jamais fosse bem-sucedido em fazê-lo de forma inteligível, mas sabia quando via.

O Congresso norte-americano realizou algumas tentativas de restrição de conteúdo sexual a menores na internet. Em 1996, o *Communications Decency Act* (CDA) tornou ilícito a provedores de conteúdo, comercial ou não, o envio ou a exibição a menores de dezoito ano de qualquer comentário, solicitação, sugestão, oferta, imagem ou outra comunicação que, em contexto, represente ou descreva, em termos patentemente ofensivos, medidos por standards comunitários contemporâneos, atividades ou órgãos sexuais ou excretorios. E, também, tornou ilícita a transmissão de material obsceno ou indecente a menores de dezoito anos.

Contudo, em *Reno v. American Civil Liberties Union* (1997), a ACLU obteve cautelar (*preliminary injunction*) contra o governo federal, representado por Janet Reno, então *Attorney General of the United States*, proibindo a aplicação dos citados dispositivos do CDA. O caso chegou à Suprema Corte que, por unanimidade, julgou tais provisões do CDA inconstitucionais. Primeiro, porque *indecent transmission* e *patently offensive display* são expressões por demais vagas (*vagueness doctrine*), não definidas com precisão no texto legal.

No entender da SCOTUS o legislador deixou de conceituar o que é indecente para fim de aplicação da lei e não há parâmetro conceitual em *Miller*, porque lá a conceituação é de obscenidade e não de indecência. Ademais, a SCOTUS considerou que o termo patentemente ofensivo também não foi associado a qualquer standard, porque em *Miller*, diversamente, a ofensividade patente é relativa à conduta sexual especificamente definida em lei estadual. A SCOTUS ainda observou que *Miller* versa sobre prática sexual e não engloba a mera exibição de órgãos sexuais ou excretorios. Para a Suprema Corte, embora o governo tenha legítimo interesse na proteção de menores em relação a materiais potencialmente danosos, o CDA perseguia tal interesse por meio da supressão de enorme quantidade de expressão que adultos têm direito constitucional de enviar e receber, o que o torna de amplitude sem precedentes e seu ônus ao *adult speech* inaceitável.

Não obstante, é imperioso saber que, apesar de declaradas inconstitucionais as tipificações *anti-indecency* retromencionadas, o CDA continuava sendo a legislação

---

etc. *Softcore*: expressão utilizada para descrever produção comercial de sexo simulado, com atuação desempenhada para câmera e com uso de idênticos recursos técnicos. *Realcore*: expressão utilizada para descrever produção amadora de sexo – explícito ou não – realizada por pessoa comum, "real", sem recursos técnicos específicos.

mais importante de proteção ao *freedom of speech* na internet. Isso porque o seu parágrafo 230<sup>8</sup> subsistiu e é exatamente o dispositivo legal que isenta provedores de responsabilidade pelo conteúdo da publicação de terceiros. Assim dispõe o CDA: nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Nos Estados Unidos, impera a liberdade de expressão, de modo que nenhum provedor pode agir como bom samaritano<sup>9</sup>, bloqueando ou filtrando por iniciativa própria qualquer material ofensivo, por implicar em violação à 1ª Emenda e acarretar responsabilidade civil. O CDA contém previsão expressa de hipótese de isenção de responsabilidade civil pelo bloqueio ou filtro, em caso de boa fé, na restrição de disponibilidade de conteúdo considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável.<sup>10</sup>

Em 1998, o Congresso editou o *Child Online Protection Act (COPA)*, de 1998, que restringiu o acesso a materiais comercialmente distribuídos que fossem prejudiciais a menores com base em standards comunitários contemporâneos. A legislação chegou à Suprema Corte pela primeira vez em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2002). A *ACLU* obteve na justiça federal a declaração de inconstitucionalidade do COPA por violação à 1ª Emenda, eis que o fundamento em “standards comunitários” para definição do que seria “prejudicial” a menores seria excessivo amplo e invadiria liberdade de expressão protegida (direito ao acesso do material por adultos), ou seja, a lei permitiria que material que fosse considerado ofensivo em comunidades mais puritanas se tornasse inacessível a comunidades mais tolerantes. O Terceiro Circuito federal confirmou a decisão da primeira instância, julgando que a expressão “standards comunitários” do COPA era inconstitucional por excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*).

Contudo, a Suprema Corte entendeu que, *per se*, o fundamento em “standards comunitários” para definir o que é “prejudicial” a menores não tornava a legislação inconstitucional. E devolveu ao Terceiro Circuito Federal para apreciação da legislação por eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) por outros motivos que não o ‘standard comunitário’ ou tipificação e conceituação vagas (*vagueness doctrine*). Entretanto, no seu dissenso, o Ministro John Paul Stevens já alertou que “no contexto

<sup>8</sup> 47 U.S. Code §230 [...]

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

<sup>9</sup> Tradução literal de “Good Samaritan”, expressão constante da redação do §230 CDA em referência à parábola contida no Evangelho de Lucas, no Novo Testamento (Lucas 10:25-37).

<sup>10</sup> (2) Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—  
(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

cibernético, ‘standards comunitários’ tornam-se espadas ao invés de escudos, eis que se um conteúdo lascivo é ofensivo a uma cidade puritana, pode se tornar crime publicá-lo na internet”.

Dois anos depois, o caso retornou à Suprema Corte, em *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2004), porque o Terceiro Circuito tornou a julgá-lo inconstitucional por violação ao teste de escrutínio estrito em razão de não ser confeccionado de forma delimitada, proibindo, portanto, os provedores de publicar conteúdo que adultos teriam direito a acessar. A referida Corte de Apelação entendeu ainda que havia meios menos restritivos à liberdade de expressão com idêntica eficácia, como o uso de filtros monitorado pelos pais, o que tornava a legislação por demais abrangente (*overbreadth doctrine*). O julgamento foi confirmado pela Suprema Corte.

Ainda em 1998, o Congresso editou o *Child Online Privacy Protection Act* (COPPA), que impôs obrigações aos sites dirigidos a crianças ou que delas coletam dados ou informações no sentido de adotar políticas de privacidade bem definidas, com exigência de coleta de permissão de pais ou responsáveis. O COPPA também definiu restrições para marketing. A lei ainda está em vigor e se aplica a menores com treze anos ou idade inferior.

Em 2000, entrou em vigor o *Children’s Internet Protection Act* (CIPA), que impôs às bibliotecas públicas e escolares, que recebam subsídio do programa governamental E-rate (para expansão de acesso à tecnologia), implementação de bloqueio ou filtro para acesso a material visual obsceno ou prejudicial a menores. A constitucionalidade da lei foi confirmada pela Suprema Corte em *United States v. American Library Assn., Inc.* (2003).

A Scotus entendeu não haver violação à 1ª Emenda porque a finalidade das bibliotecas não é dar acesso a terminais a fim de criar fórum público para que provedores de conteúdo se expressem e, sim, facilitar pesquisa, aprendizado e propósitos recreativos de qualidade apropriada, sendo que o mesmo filtro de material a ser disponibilizado é feito por bibliotecas físicas e não apenas virtuais. No entanto, importa observar que, de maneira geral, a Suprema Corte não admite censura literária a bibliotecas promovida por agentes governamentais ou conselhos de educação, como se vê em *Board of Education, Island Trees Union Free School District n° 26 v. Pico by Pico* (1982).

#### **(f) Fraude (*fraud*) e comércio (*commercial speech*)**

O discurso que se destina a transações comerciais e à propaganda recebe menor proteção que o discurso político. Em regra, leis e regulamentos podem banir manifestações fraudulentas, destinadas a enganar o consumidor, conforme decidiu a Suprema Corte em *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs.* (2003), caso referente a solicitações por telefone de doação para entidade de veteranos e desinformação aos doadores quanto ao percentual arrecadado que seria efetivamente destinado a caridade.

Porém, eventual restrição de anúncio, ainda que com propósito puramente econômico, é inconstitucional por violação à 1ª Emenda, eis que o estímulo à competitividade e ao livre fluxo de informação comercial é do interesse também do

consumidor e da sociedade em geral, como se vê em *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (1976), caso referente a anúncio de preços de medicamentos por farmacêuticos.

A constitucionalidade da manifestação de cunho comercial que não seja falsa ou enganosa e não verse acerca de atividades ilícitas é controlada por escrutínio intermediário, ou seja, a restrição governamental deve atender a interesse governamental substancial e ser diretamente dirigida a tal fim, conforme os precedentes *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York* (1980) e *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio* (1985).

#### **(g) Solicitação para cometer crime (*solicitations to commit crimes*)**

Discurso falado ou escrito que é parte integrante de conduta criminal (*speech integral to criminal conduct*) não é protegido pela 1ª Emenda, conforme *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.* (1949). E, nesse sentido, estão incluídos convites e conspirações para cometimento de crimes, e ofertas ou demandas de material ilícito.

#### **(h) Perjúrio (*perjury*)**

A afirmação falsa, feita sob juramento ou compromisso com a verdade, em procedimentos legislativos e governamentais ou processos judiciais não protegida constitucionalmente. Em Direito Penal estadunidense, em regra, só se configura o tipo penal de perjúrio se essa falsidade for relativa a elemento essencial relevante à decisão ou ao resultado do julgamento. De igual sorte, a Suprema Corte não admite proteção ao falso testemunho feito a agentes governamentais em assuntos oficiais ou a falsa personificação de agente governamental.

Porém, a SCOTUS reconhece que afirmações falsas em geral, na interação social cotidiana, são inevitáveis e compõem o contexto de proteção da 1ª Emenda para garantir a expressão vigorosa e aberta de pontos de vistas em conversas públicas ou privadas, como se vê em *United States v. Alvarez* (2012), caso em que o acusado Xavier Alvarez em evento público se apresentou como militar reformado (“*retired marine of 25 years*”) e recebedor da *Congressional Medal of Honor*.

#### **(i) Pornografia infanto-juvenil (*child pornography*)**

A categoria é governada pelo caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982). Paul Ferber, proprietário de loja especializada em material sexual, vendeu dois filmes a policial *undercover* que continham masturbação de meninos. Ferber foi condenado por lei antipornografia infantojuvenil do Estado de Nova Iorque que tipificava distribuição ou comercialização desse material, por se tratar de promoção de performance sexual de menor com idade inferior a dezesseis anos. Em *Ferber*, a Suprema Corte reconheceu a pornografia infantojuvenil como categoria excepcional de discurso não protegido constitucionalmente, e entendeu que o teste estabelecido em *Miller*, para obscenidade,

não seria suficiente para solucionar essa problemática específica relativa ao bem-estar de crianças e adolescentes e ao caráter criminoso de tais produções.

A SCOTUS definiu que o controle de eventual excessiva amplitude (*overbreadth doctrine*) ou conceituação vaga (*vagueness doctrine*) de tais leis deverá ser feita caso-a-caso, sendo que a lei em análise no caso concreto era redigida de forma suficientemente acurada para não englobar material de sério valor literário, científico ou educacional. De fato, a lei do Estado de Nova Iorque era específica quanto à idade dos participantes na performance sexual (abaixo de dezesseis anos) e detalhada quanto à descrição do que constitui "*sexual performance*" e "*sexual conduct*", sendo "performance sexual" aquela que inclui "conduta sexual" e esta como sendo real ou simulada apresentação de intercursos sexual, intercursos sexual desviado, bestialismo, masturbação, abuso sadomasoquista ou exibição lasciva de genitais. A Suprema Corte manteve idêntico posicionamento ao julgar *United States v. Williams* (2008), referente à constitucionalidade da lei federal denominada "*The Protect Act*".

### 5.3. Categorias incômodas protegidas

Importa observar que, fora das categorias consideradas de baixo valor apresentadas no tópico anterior, quase todas as restrições de manifestação baseadas em opinião ou conteúdo são presumidamente inconstitucionais. E, inclusive, algumas formas de expressão inoportunas, ofensivas e até mesmo agressivas encontram forte proteção da 1ª Emenda e, portanto, quaisquer limitações legais ou regulamentares devem ser minuciosamente elaboradas, sob pena de declaração de inconstitucionalidade, eis que não se encontram em nenhuma das categorias não protegidas definidas pela Suprema Corte.

Nesse sentido, o discurso indecente (*indecent speech*) por disseminação de ideias ou imagens vulgares, sexualmente explícitas ou de gosto duvidoso está protegido pela 1ª Emenda. A limitação discursiva só se admite à obscenidade, conforme o teste *Miller*, e não à indecência. Da mesma forma, o chamado discurso de ódio (*hate speech*), entendido como aquele intolerante a cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, política, faixa etária, classe social não é categoria de exceção a discurso protegido, exceto se constituir (a) ameaça verdadeira; (b) incitação ao uso imediato de força, violência ou infringência à lei; ou (c) provocação à agressão ou tumulto imediatos.

Para além de *Brandenburg v. Ohio* e *Texas v. Johnson* já vistos neste trabalho, também servem à compreensão outros destacados julgamentos da Suprema Corte, como *Tinker v. De Moines Independent Community School District* (1969), assegurando o direito de estudantes a usarem na escola pública faixa preta no braço em protesto à Guerra do Vietnã; ou *R.A.V. v. City of Saint Paul* (1992), caso em que sete adolescentes

queimaram uma cruz no gramado de uma família afrodescendente e foram autuados com fulcro em legislação que proibia “ostentação de símbolo que se sabe causar raiva, alarme ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião ou gênero”, e SCOTUS decretou a inconstitucionalidade da ordenança em razão de restringir conteúdo com base em desaprovação das ideias expressadas.

É ainda relevante o caso *Termiciello v. Chicago* (1949), em que o Padre Arthur Termiciello discursou em fúria para centenas pessoas se utilizando de elementos de discriminação contra grupos políticos e étnicos – comunistas, ateus, russos, judeus sionistas, e a Suprema Corte invalidou a legislação de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) por violação à 1ª Emenda, afirmando que “a vitalidade das instituições civis e políticas depende da livre discussão e o discurso só pode ser restringido quando for capaz de produzir perigo claro e atual de mal sério e substancial que se eleve muito acima do incômodo, contrariedade ou agitação pública”. O Ministro William O. Douglas salientou que a função da liberdade de expressão no sistema norte-americano é justamente convidar ao debate. E, portanto, serve melhor ao seu elevado propósito quando induz condição de desconforto, cria insatisfação com o estado de coisas como estão, ou mesmo induz as pessoas à ira.

É também emblemático o caso *Cohen v. California* (1971), assegurando a Paul Cohen o direito de usar em prédio público judicial jaqueta com a frase “*Fuck the Draft. Stop the War*” (“Foda-se o alistamento. Pare a Guerra”). Em *Cohen*, a Suprema Corte esclareceu que a 1ª Emenda não protege apenas ideias que se podem precisar, mas também emoções não concretamente explicáveis, até porque as palavras são frequentemente escolhidas tanto pela força emotiva quanto cognitiva que pretendem expressar. E não raro a emoção é justamente o elemento mais importante da mensagem que se pretende comunicar. O Ministro John Marshall Harlan consagrou o caso com a frase “*one man’s vulgarity is another’s lyric*” (“a vulgaridade de um homem é a lírica de outro”).

Todas as restrições de perturbação da tranquilidade (*breach of peace*) e assédio (*harassment*) em geral devem ser cuidadosamente elaboradas, pois, não podem ser amplas a ponto de contemplar hipóteses de crítica, humor, repulsa com base em simples conteúdo por mais ofensiva que seja a manifestação. São admitidas limitações em ambiente laboral que contenham ameaça de represália ou uso da força, ou promessa de benefícios, conforme estabelecido em *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc* (1969). Outras formas de assédio, inclusive sexual, em ambiente escolar também podem gerar responsabilidade à unidade estudantil, quando a conduta for severa e objetivamente ofensiva o suficiente para prejudicar a experiência educacional da vítima e, portanto, negar a ela oportunidades iguais de acesso à educação, conforme *Davis v Monroe County Board of Education* (1999).

Na mesma linha, encontra-se a expressão de violência, como ocorre em manifestações supostamente artísticas, desportivas ou de lazer, como no caso dos videogames, para a qual qualquer restrição deve também ser de redação muito técnica e precisa. É paradigmático *United States v. Stevens* (2010) em que a Suprema Corte declarou inconstitucional lei federal que tornava crime produção comercial,



venda e posse de material contendo crueldade com animais. A lei não versava sobre a conduta de maus-tratos e, sim, sobre a apresentação visual e auditiva de animais vivos intencionalmente aleijados, mutilados, torturados, feridos ou mortos e contemplava exceção para obras de sério valor religioso, político, científico, educacional, jornalístico, histórico ou artístico.

Robert J. Stevens era dono de uma empresa chamada “*Dogs of Velvet and Steel*” e administrava *website* no qual vendia vídeos de lutas entre *pit bulls* ou ataques deles a outros animais. A Suprema Corte afirmou que exibição de crueldade com animais não é, por si, categoria excepcional de manifestação não protegida, e entendeu que a lei era inconstitucional porque fundada em restrição de conteúdo e demasiado ampla. Eis que as expressões referentes a mutilação, aleijamento e tortura transmitem a ideia de crueldade, todavia, ferimento e morte não, e contemplam, por exemplo, hipóteses de caça, cuja extensão e legalidade está a cargo do legislativo estadual.

A lei federal visava, originalmente, o banimento dos chamados *crush videos* que se tornaram muito populares à época, sendo que depois da declaração de inconstitucionalidade em *Stevens*, nova lei específica contra *animal crushing* foi editada e segue em vigor. A lei contempla hipótese de esmagamento, queima, afogamento, sufocamento e empalção intencional de animais, todavia, *crush videos*, originalmente, referem-se à circulação da internet de vídeos exibindo mulheres esmagando animais com os pés nus ou saltos altos, no estilo *dominatrix*, para causar excitação sexual (transtorno de preferência/fetichismo bizarro).

Entretanto, no ambiente escolar, apesar do precedente inicial mais libertário em *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri* (1973), paulatinamente, a Suprema Corte foi assegurando à direção do estabelecimento público de ensino o direito à disciplina, inclusive por meio expulsão, quando da utilização de discurso inapropriado ou inconsistente em relação às normas estudantis e aos legítimos interesses da missão educacional, como se vê em *Bethel School District nº 403 v. Fraser* (1986), *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* (1988) e *Morse v. Frederick* (2007). Além do discurso estudantil, as pessoas em relacionamento especial com o governo – servidores públicos ou professores de escolas e universidades públicas podem ter suas manifestações restringidas, mesmo com base em conteúdo, quando forem incompatíveis com as normas e políticas empregatícias.

## **6. Desnecessidade de MLAT para empresa com agência, filial ou sucursal no Brasil**

O Marco Civil da Internet estabelece, em seu artigo 11, que em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, a legislação brasileira deverá ser obrigatoriamente respeitada. Essa Lei esclarece, no parágrafo único do artigo 12, que a legislação pátria é soberana mesmo que as atividades sejam realizadas por

pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante no mesmo grupo econômico possua estabelecimento no país. E ainda estabelece que, tratando-se de empresa estrangeira, em caso aplicação da multa prevista no §2º do artigo 12, responderá solidariamente pelo pagamento a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no Brasil.

O Código de Processo Civil estabelece no parágrafo único do seu artigo 21, ao versar sobre os limites da jurisdição nacional, que para o fim de estabelecer competência da autoridade brasileira para processar e julgar ações, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Em sentido semelhante a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, cuja vigência foi novamente prorrogada, estabelece que a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Ademais, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, a aplicação extensiva e analógica do Código de Processo Civil, admitida no artigo 3º do Código de Processo Penal, comporta multa sancionatória para assegurar a força imperativa das decisões judiciais.

Estabelecem os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, entre elas a imposição de multa, a qual poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Trata-se de multa de natureza coercitiva (*astreintes*) e não tem caráter punitivo, ressarcitório ou compensatório, podendo, pois, aplicar-se inclusive a descumpridor da ordem judicial que não seja parte no processo. Diferente também da multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*), prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil, que somente se pode impor às partes na relação jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que empresa ou conglomerado transnacional sujeita-se à soberania brasileira, em cumprimento ao artigo 1º, I, da Constituição Federal, sendo, pois, desnecessária a cooperação internacional em caso de ordem judicial.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE

## DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Situação em que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (*timeline*) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exige a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que “a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, “a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, §5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal” (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em: 05/04/2016, DJe: 15/04/2016).

6. A legalidade da imposição de astreintes a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências. Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (astreintes) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das astreintes é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial. De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, §5º, do CPC no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq nº 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

STJ - RMS 55.109, DJe 17/11/2017, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca (Facebook).

*Vide* também RMS 55.019, DJe 12/12/2017, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik (Yahoo); RHC 84.100, DJe 21/03/2018, Rel. Min. Felix Fischer; RMS 53.213, DJe 13/05/2019, Rel. Min. Ribeiro Dantas (Apple); Inq 784, DJe 28/08/2013, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz (Google).

Todavia, não obstante o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a questão da obrigatoriedade do emprego do acordo de cooperação internacional para exigir o cumprimento de decisões judiciais de empresas estrangeiras ou transnacionais com agência, filial ou sucursal no Brasil pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 51, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e ajuizada pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional).

## 7. Colaboração espontânea de provedores e cooperação do governo estadunidense

Algumas investigações e ações penais contam com a dita colaboração espontânea dos representantes das empresas no país – por exemplo, Facebook, Instagram, Twitter, Google, Apple. Da mesma forma, acham maior facilidade no trâmite da cooperação governamental. E muitos operadores não compreendem o porquê de o suporte ocorrer tão facilmente em alguns casos e ser negado ou resistido em outros. Regra geral, isso também encontra fundamento no Direito estadunidense.

Primeiro, todas as categorias de expressão não protegidas, conforme a jurisprudência da Suprema Corte, que constituem exceções à 1ª Emenda, encontram maior receptividade cooperativa. Depois, conforme já explicado, o *Communications Decency Act*, de 1998, ainda está em vigor quanto à blindagem dos provedores por responsabilidade civil, porque seu parágrafo 230 dispõe que nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação.

Não obstante, o CDA admite eventual filtro ou bloqueio, vale dizer, indisponibilização de conteúdo (ação de bom samaritano) considerado obsceno, libidinoso, lascivo, ultrajante, excessivamente violento, perturbador ou de alguma força objetável. Ademais, a legislação tem previsão expressa quanto à não obstrução de investigações relativas a casos de obscenidade, exploração sexual infantojuvenil, proteção à propriedade intelectual, privacidade das comunicações eletrônicas (interceptação ilegal) ou tráfico de pessoas para exploração sexual.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> 47 U.S.C. §230

(e) *Effect on other laws*

(1) *No effect on criminal law*

*Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this title, chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, or any other Federal criminal statute.*

(2) *No effect on intellectual property law*

*Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property.*

(3) *State law*

É de se destacar ainda que a legislação norte-americana prevê hipóteses excepcionais de revelação de dados e conteúdo das comunicações pelos provedores:

Exceções para revelação das comunicações – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar o conteúdo de uma comunicação.

(8) Para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acreditar que uma emergência envolvendo perigo de morte ou lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de comunicações relacionadas a tal emergência.<sup>12</sup>

Exceções para revelação de dados de usuários – um provedor descrito na subseção (a) pode divulgar dado ou outra informação pertencente a assinante ou usuário do serviço.

(4) para instituição governamental, se o provedor, de boa-fé, acredita que uma emergência envolvendo perigo de morte ou de lesão corporal grave a qualquer pessoa requer revelação sem demora de informação relacionada a tal emergência.<sup>13</sup>

Desse modo, nos casos de investigações referentes a hipóteses já excepcionadas na legislação estadunidense, há maior facilidade e, quiçá, ampla cooperação do governo e dos provedores.

---

*Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section.*

*(4) No effect on communications privacy law*

*Nothing in this section shall be construed to limit the application of the Electronic Communications Privacy Act of 1986 or any of the amendments made by such Act, or any similar State law.*

*(5) No effect on sex trafficking law*

*Nothing in this section (other than subsection (c)(2)(A)) shall be construed to impair or limit—*

*(A) any claim in a civil action brought under section 1595 of title 18, if the conduct underlying the claim constitutes a violation of section 1591 of that title;*

*(B) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 1591 of title 18; or*

*(C) any charge in a criminal prosecution brought under State law if the conduct underlying the charge would constitute a violation of section 2421A of title 18, and promotion or facilitation of prostitution is illegal in the jurisdiction where the defendant's promotion or facilitation of prostitution was targeted.*

<sup>12</sup> 18 U.S. Code §2702

*(b) Exceptions for disclosure of communications. —A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication—*

*(8) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of communications relating to the emergency; or*

<sup>13</sup> 18 U.S. Code §2702

*(c) Exceptions for Disclosure of Customer Records. —A provider described in subsection (a) may divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by subsection (a)(1) or (a)(2))—*

*(4) to a governmental entity, if the provider, in good faith, believes that an emergency involving danger of death or serious physical injury to any person requires disclosure without delay of information relating to the emergency;*

## 8. Conclusão

O escopo do presente trabalho foi apresentar os conceitos de causa provável e liberdade de expressão nos Estados Unidos para conhecimento acadêmico e profissional, bem como fornecer instrumentos para melhor manuseio da temática por investigadores e operadores do Direito. É cediço que a recusa da colaboração nem sempre é motivada por fatores jurídicos ou técnicos. Há vieses políticos e econômicos variados que movem as nações e o mundo *business*. Contudo, de posse de maior arcabouço constitucional e jurisprudencial estadunidense, é sim possível a formulação de argumentos mais sólidos e que tornem mais viável a pretensão ou o cumprimento da ordem.

Não se busca defender o novo modelo de dominação imposto pelas corporações privadas e justificativas vazias, eventualmente apresentadas por mera insurgência à ordem judicial e resistência à soberania nacional. Mas é preciso que, para esse enfrentamento, o Brasil haja com diplomacia, segurança jurídica, fortalecimento de suas instituições públicas e melhor domínio de conceitos e realidades internacionais.

Registre-se que este estudo também não se destina a sustentar onipotência do Estado no controle da expressão e da manifestação, ainda que desprezíveis e ofensivas. É preciso entender que, em certos casos, algo que tomamos por injurioso ou discriminatório no Brasil constitui simplesmente o reconhecimento do direito da plena liberdade de expressão nos Estados Unidos.

E ainda que o Decreto 3.810/2001, que estabeleceu a cooperação internacional em matéria penal (MLAT), afirme expressamente que “a assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambos os Estados”, é certo que ele também esclarece que a assistência pode ser recusada diante de solicitação formulada em desconformidade com o acordo, e nisso se incluem descrições de matéria, finalidade e natureza não suficientemente articuladas para que façam sentido no sistema de justiça norte-americano.

É preciso se ter em mente que, em temática de liberdade de expressão, por vezes a linha divisória entre lícito e ilícito é tênue demais. Ao fim, algum limite há de existir, mas que não seja o da restrição por mera contrariedade ao pensamento hegemônico. Nas palavras do Ministro Oliver Wendell Holmes, Jr., no histórico dissenso em *United States v. Schwimmer* (1929), que possamos seguir defendendo “não o livre pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para o pensamento que odiamos”.

## Referências

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain* – Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CHOMSKY, Avram Noam. *Manufacturing Consent*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EuwWnphqll>. Acesso em: 25/4/2020.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

- \_\_\_\_\_. *Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964).
- \_\_\_\_\_. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).
- \_\_\_\_\_. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004).
- \_\_\_\_\_. *Bethel School District n° 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986).
- \_\_\_\_\_. *Board of Education, Island Trees Union Free School District n° 26 v. Pico by Pico*, 457 U.S. 853 (1982).
- \_\_\_\_\_. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- \_\_\_\_\_. *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).
- \_\_\_\_\_. *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980)
- \_\_\_\_\_. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
- \_\_\_\_\_. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).
- \_\_\_\_\_. *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965).
- \_\_\_\_\_. *Davis v Monroe County Board of Education*, 526 U.S. 629 (1999).
- \_\_\_\_\_. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).
- \_\_\_\_\_. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).
- \_\_\_\_\_. *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949).
- \_\_\_\_\_. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
- \_\_\_\_\_. *Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988).
- \_\_\_\_\_. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995).
- \_\_\_\_\_. *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Assocs.*, 538 U.S. 600 (2003).
- \_\_\_\_\_. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983).
- \_\_\_\_\_. *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).
- \_\_\_\_\_. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. (1964).
- \_\_\_\_\_. *Memoirs v. Massachussetts*, 383 U.S. 413 (1966).
- \_\_\_\_\_. *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).
- \_\_\_\_\_. *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).
- \_\_\_\_\_. *National Labor Relations Board v. Gissel Packing Co., Inc*, 395 U.S. 575 (1969).
- \_\_\_\_\_. *New York Times Company v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).



- \_\_\_\_\_. *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).
- \_\_\_\_\_. *Papish v. Board of Curators of the University of Missouri*, 410 U.S. 667 (1973).
- \_\_\_\_\_. *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987).
- \_\_\_\_\_. *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992).
- \_\_\_\_\_. *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*, 521 U.S. 844 (1997).
- \_\_\_\_\_. *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).
- \_\_\_\_\_. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).
- \_\_\_\_\_. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
- \_\_\_\_\_. *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).
- \_\_\_\_\_. *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).
- \_\_\_\_\_. *Termiciello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).
- \_\_\_\_\_. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 414 (1989).
- \_\_\_\_\_. *Tinker v. De Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969).
- \_\_\_\_\_. *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).
- \_\_\_\_\_. *United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U.S. 194 (2003).
- \_\_\_\_\_. *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929).
- \_\_\_\_\_. *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010).
- \_\_\_\_\_. *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 (2008).
- \_\_\_\_\_. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).
- \_\_\_\_\_. *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).
- \_\_\_\_\_. *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).
- \_\_\_\_\_. *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626 (1985).

WEBB, Amy. *The Big Nine: How the Tech Titans and Their Thinking Machines Could Warp Humanity*. New York: Public Affairs, 2019.



# Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel das estatísticas na análise probatória

## *Implicit probabilistic thinking and the role of statistics in evidentiary analysis*

Edilson Vitorelli\*

### Sumário

1. Proposta. 2. Confiabilidade das estatísticas. 3. O probabilismo jurídico. 4. O problema: probabilidades não são intuitivas. 5. As “*naked statistics*”. 5.1. Estatísticas na comprovação de ilícitos relacionados a discriminação. 5.2. “*Naked statistics*” no Brasil. 6. As probabilidades ocultas nos raciocínios probatórios “tradicionais”. 7. Conclusão. Referências.

### Resumo

Este artigo trata da utilização de estatísticas como meio de prova. Sustenta-se que os raciocínios probabilísticos são inerentes a todo tipo de prova, já que nenhuma prova é capaz de estabelecer juízos objetivos de verdade, mas apenas de elevar a probabilidade de que os fatos relevantes sejam verdadeiros. Nesse contexto, a análise tradicional, que preconiza caber ao juiz avaliar subjetivamente o quanto as provas são capazes de sustentar a afirmação da parte, desconsidera as pesquisas que demonstram que as análises de probabilidade e recorrência são altamente sujeitas a vieses cognitivos. Assim, o artigo conclui que análises estatísticas puras poderiam embasar a conclusão da ocorrência de um fato, inclusive de forma mais confiável do que a inferência subjetiva por parte do juiz.

### Abstract

*This paper analyses the use of statistics as evidence in civil procedure. It states that every kind of evidence has in it a probabilistic component, as no evidence is capable of defining a fact as true, but only of elevating the probability that a relevant fact is true. In this context, the traditional idea, according to which the judge should evaluate*

---

\* Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia com estudos no *Max Planck Institute for Procedural Law*. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República. *Visiting scholar* na *Stanford Law School*. *Visiting researcher* na *Harvard Law School*. Professor e coordenador de pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e coordenador de ensino na Escola Superior do Ministério Público da União. Professor do mestrado da Universidade Católica de Brasília.

*subjectively if a piece of evidence is capable of supporting the litigator statement ignores researches that suggest that probability and recurrence analysis are highly influenced by cognitive biases. Therefore, the paper concludes that pure statistical evidence could not only support the truthfulness of a fact, but also that it could do so in a more reliable way than a subjective inference by the judge.*

**Palavras-chave:** Meios de prova. Estatísticas. Vieses cognitivos.

**Keywords:** Evidence. Statistics. Cognitive biases.

## 1. Proposta

Este artigo trata da utilização de análises estatísticas como ferramenta para combater os vieses cognitivos do juiz, no contexto da demonstração da veracidade ou confiabilidade de uma proposição apresentada pelas partes.

Alguns exemplos da aplicação que se busca realizar podem ser apresentados, de início, a fim de ilustrar o debate que será conduzido. Em primeiro lugar, considere-se o caso do acidente de ônibus nos Estados Unidos: uma pessoa foi vítima de um acidente causado por um ônibus em determinado local. Não há qualquer prova de qual empresa seja a proprietária do veículo. Contudo, há apenas uma empresa que opera linhas regularmente naquela rua. É possível que essa empresa seja condenada a indenizar a vítima apenas em decorrência da elevada probabilidade estatística de ser a proprietária do ônibus?<sup>1</sup>

Em um segundo exemplo, também relacionado à questão probatória, é possível considerar a situação em que diversas pessoas responderam da mesma forma às questões de uma prova para ingressar em um cargo público, cometendo os mesmos erros e obtendo os mesmos acertos. Seria possível desclassificá-las do concurso ou acusá-las de participar de uma fraude, apenas com base nessa evidência?<sup>2</sup>

Em ambos os casos, o leigo diria, instintivamente, que a condenação é merecida. O jurista diria – e os tribunais efetivamente o disseram – que a absolvição é a providência adequada, tendo em vista que a probabilidade de que algo ocorra não quer dizer que ela ocorreu, naquele caso. Assim, na ausência de outras provas, probabilidades não bastam.

## 2. Confiabilidade das estatísticas

A estatística é um ramo da matemática que se incumbem de ordenar e analisar dados, a fim de permitir que eles sejam exibidos (estatística descritiva) ou que deles se extraiam inferências (estatística inferencial). Desse conceito fundamental já é possível

<sup>1</sup> Esse exemplo é mencionado por Susan Haack (HAACK, Susan. Evidence Matters. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 26), e será mais bem desenvolvido ao longo do trabalho.

<sup>2</sup> O exemplo também é real, desenvolvido a partir de um caso ocorrido no estado brasileiro de Rondônia, julgado em 2011.

perceber que os resultados das análises dependerão, fundamentalmente, da qualidade do banco de dados, ou seja, da amostra analisada (sua abrangência e confiabilidade), bem como do método analítico aplicado. Há, portanto, uma dupla incerteza que cerca qualquer análise estatística: a possibilidade de que o método não seja confiável, isto é, que haja um erro humano, imputável ao analista ou que o banco de dados não seja confiável (“*garbage in, garbage out*”). Essa incerteza fomentou a popularidade de um dito alemão (falsamente atribuído a Winston Churchill, em algumas ocasiões), que assevera que “as únicas estatísticas em que se pode acreditar são aquelas que você mesmo falsificou”<sup>3</sup>. Se o banco de dados não for confiável ou se a metodologia analítica não for adequada, os resultados serão imprestáveis.

Outro problema da análise estatística diz respeito às inferências que se pode fazer a partir de seu resultado. Por exemplo, se uma pesquisa com amostra abrangente de gestores públicos demonstra que 40% deles consultam as decisões dos órgãos de controle para definir políticas públicas, disso se poderia inferir que há excesso de influência da atividade de controle sobre a gestão pública, já que se supõe que a gestão pública seja preconizada pelo que mais interessa ao público, não por aspectos procedimentais. Mas também se poderia inferir, a partir do mesmo resultado, que 60% dos gestores tomam decisões sem levar em conta o pensamento dos órgãos de controle e que, em um Estado de Direito, os fins não justificam os meios. Não se podem promover políticas corretas pelos meios errados. Nenhuma dessas inferências é falsa, a partir do resultado apresentado. O que se pode debater é se esse resultado, sozinho, é capaz de sustentar qualquer uma delas, mas isso não invalida o resultado em si.

Além de permitir a organização dos dados coletados, a partir de determinados critérios, as análises estatísticas podem ser utilizadas para permitir que as inferências sejam obtidas sem que toda a população ou todos os dados relevantes sejam coletados. É claro que, em tese, sempre é possível entrevistar todas as pessoas do país e saber exatamente, por exemplo, quantas delas têm mais de um televisor. Mas isso é caro, demorado e pouco prático. A proposta da análise estatística é obter a mesma informação por intermédio da coleta de dados de apenas uma fração relevante de toda a população. Se a amostra for representativa e a metodologia for adequada e a análise se ativer ao constructo que se pretende descrever, os resultados obtidos podem ser extrapolados para o todo<sup>4</sup>.

Nesse sentido, embora nem toda análise estatística lide com a definição de probabilidades, essa é uma de suas grandes utilidades. Estima-se o quão provável é o fato  $p$ , desconhecido, dada a ocorrência, já determinada, de  $q$ . Por mais estranho que isso possa parecer ao jurista, acostumado com a noção de prova como uma demonstração direta do fato, em realidade, probabilidades são aceitas cotidianamente. Elementos de prova corriqueiros, inclusive na jurisdição penal, são baseadas na probabilidade, e não

<sup>3</sup> “*Trauekeiner Statistik, die du nichtselbergefälscht hast*”.

<sup>4</sup> Sobre os conceitos fundamentais de estatística, ver WHEELAN, Charles. *Naked Statistics: Stripping the Dread from the Data*. New York: W. W. Norton & Company, 2014; FREEDMAN, David; PISANI, Robert; PURVES, Roger. *Statistics*. 4. Ed. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

na certeza, de indicarem um fato. Assim, por exemplo, a comparação de impressões digitais, de semelhanças vocais e, até mesmo, de DNA, supõem que a probabilidade – e não a certeza – de que duas pessoas diferentes compartilhem esses caracteres, em determinado grau de similitude, é baixa demais para ser considerada.

E, no entanto, essas exceções acontecem. Em relação à comparação impressões digitais, há vasta literatura apontando possibilidades de erros, vieses cognitivos e situações de inescurecimento, que parecem demonstrar que o grau de subjetividade da identificação datiloscópica é significativamente maior do que o leigo supõe<sup>5</sup>. Em realidade, a identificação é probabilística, não inequívoca. Talvez o caso mais notório seja o de Brandon Mayfield, cujas digitais foram identificadas pelo FBI como sendo o responsável pelo atentado terrorista na estação de trens de Madrid, em 2004. Apesar de não haver evidências de que Mayfield sequer estivesse na Espanha naquele momento, ele foi preso e processado com base nessa prova. Posteriormente, acabou inocentado<sup>6</sup>. Mesmo o exame de DNA tem alguma possibilidade, embora muito baixa, de falsos resultados.

Em síntese, o que se percebe é que o elemento de probabilidade, presente em análises estatísticas, também integra, subliminarmente, todas as provas tradicionalmente aceitas no processo, mesmo aquelas reputadas científicas. Quando se avançam para outros elementos de prova, como documentos ou testemunhas, esse componente probabilístico é ainda mais intenso. Supõe-se que a testemunha não mente, bem como que o documento é verdadeiro, o que pode até ser provável, à luz das circunstâncias, mas nunca será certo, ao menos não quando se toma certeza no sentido de inexistência de possibilidades de outro resultado.

A má-fama das estatísticas, portanto, talvez seja injustificada. As polêmicas decorrem das situações em que se pretende que elas desempenhem um papel mais óbvio, de maior proeminência, ou que se pretende que elas se apliquem a exemplos acadêmicos inverossímeis. Mas isso não significa que análises probabilísticas estejam ausentes em outros casos. Pelo contrário, talvez se possa dizer que toda análise probatória e, por via de consequência, toda decisão judicial que dependa de convicção de verdade quanto a fatos, implica a análise quanto à probabilidade de que determinado fato tenha ocorrido, de acordo com a prova dos autos.

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, COLE, Simon. *Suspect Identities: A History of Fingerprinting and Criminal Identification*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; EDMOND, Gary. *Legal versus scientific approaches to expert evidence (latent fingerprint evidence, for example): Admission, evaluation and legal system performance*. Manuscrito; EDMOND, Gary. The 'Science' of Miscarriages of Justice. In: *University of New South Wales Law Journal*, vol. 37, nº 1, 2014, p. 376 e ss. É bem verdade, no entanto, que há grande disputa acadêmica acerca do número de condenações erradas decorrentes da análise de digitais. Ver, por exemplo, RISINGER, Michael. Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 97, 2007, p. 761 e ss.

<sup>6</sup> *Mayfield v. US, Case No. 07-35865*.

### 3. O probabilismo jurídico

A visão mais extremada quanto ao papel que as probabilidades desempenham no processo é chamada de probabilismo jurídico (*legal probabilism*). De acordo com essa visão, seria possível definir matematicamente graus de probabilidade, que representariam os *standards* de convencimento judicial<sup>7</sup>. Usualmente, tais *standards* são expressos de maneira linguística, cujo conteúdo depende de concretização de acordo com as circunstâncias do caso. Na prática norte-americana, mencionam-se “além da dúvida razoável” para a condenação criminal e “causa provável” para a realização de buscas. Na esfera cível, “preponderância de provas”, “mais provável do que não”, “claro e convincente” são expressões frequentemente utilizadas<sup>8</sup>.

O problema é que as expressões linguísticas dos *standards* probatórios também não têm significado unívoco. Pode ser que dois juízes, apreciando o mesmo acervo probatório, em um caso criminal, divirjam acerca da presença ou não de provas além da dúvida razoável, da mesma maneira que dois juízes cíveis podem discordar acerca do cumprimento do *standard* “preponderância de provas”. Assim, quando se diz que o juiz está em dúvida, não há um parâmetro objetivo externo, pelo qual se possa verificar se essa dúvida existe efetivamente ou não<sup>9</sup>.

O probabilismo jurídico pretende reduzir essa incerteza por intermédio da expressão matemática dos *standards* probatórios. “Além da dúvida razoável” significaria uma probabilidade de mais de 95% de ocorrência do fato. “Causa provável” seria uma probabilidade de 30% a 51%, a depender do tribunal. “Preponderância de provas” seria um convencimento acima de 50%. Esses percentuais são, é claro, apenas uma ilustração, que serve como guia mental. Não há como medir se eles foram ou não atingidos, motivo pelo qual muitos duvidam da sua utilidade<sup>10</sup>.

Há quem, no entanto, leve mais longe a matemática. A denominada *New Evidence Scholarship*<sup>11</sup> defende a aplicação do teorema de Bayes com o objetivo de

<sup>7</sup> O *standard* probatório tem, em realidade, duas funções. Ele indica, para as partes, quais provas devem produzir para obter o julgamento favorável, bem como indica, para o juiz, a quem deve ser imputado o resultado desfavorável, caso o parâmetro não seja alcançado.

<sup>8</sup> Há incontáveis textos sobre o assunto. Ver, por exemplo, JAMES JR., Fleming. *Burdens of proof*. In: *Va. L. Rev.*, vol. 47, 1961, p. 51 e ss.; ALLEN, R. J. *Burdens of proof*. In: *Law, Probability and Risk*, vol. 13, nº 3-4, p. 195-219, Sept. 2014; SIMON, Rita James, and MAHAN, Linda. *Quantifying Burdens of Proof: A View from the Bench, the Jury, and the Classroom*. In: *Law & Society Review*, vol. 5, nº 3, 1971, p. 319–330; MCCAULIFF, C.M.A. *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees*. In: *Vand. L. Rev.*, vol. 35, 1982, p. 1239 e ss.; HAY, Bruce; SPIER, Kathryn. *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997 p. 413-431; PICINALI, Federico. *The burdens of proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief*. In: *Jurisprudence*, vol. 9, 2018, p. 192-201.

<sup>9</sup> Sobre a incerteza na análise das provas, ver SHIN, Hyun Song. *The Burden of Proof in a Game of Persuasion*. In: *Journal of Economic Theory*, vol. 64, nº 1, 1994, p. 253–64. WALTON, Douglas N. *Burden of Proof*. In: *Argumentation 2*, nº 2, 1988, p. 233–54. FARLEY, Arthur M.; FREEMAN, Kathleen. *Burden of proof in legal argumentation*. In: *Proceedings of the 5th international conference on Artificial intelligence and law*, 1995, p. 156-164.

<sup>10</sup> Para uma discussão do tema, ver LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, especialmente o capítulo 3.

<sup>11</sup> O texto inaugural da sistematização dessa tendência parece ser LEMPERT, Richard. *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*. In: TILLERS, Peter; GREEN, Eric (orgs.). *Probability and Inference in the Law of Evidence: Uses and Limits of Bayesianism*. London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 62-102.

apresentar um cálculo matemático para os *standards* probatórios<sup>12</sup>. A versão mais corrente dessa teoria é o bayesianismo subjetivo, que se vale do cálculo probabilístico como um mecanismo para orientar a definição do grau de credibilidade de uma prova, abrindo margem, no entanto, para a consideração de vieses cognitivos e valores<sup>13</sup>.

De modo geral, no entanto, o movimento é minoritário. A maioria dos autores concorda que não é factível converter *standards* probatórios em graus de certeza matemática e que isso pode mesmo trazer consequências práticas nefastas<sup>14</sup>. Em minuciosa análise sobre o tema, Susan Haack menciona que o probabilismo distorce o teorema matemático de Bayes, que não foi criado para essa finalidade, e que *standards* probatórios são mais bem descritos como elementos epistemológicos do que matemáticos. O juiz deverá verificar se, e até que ponto, uma prova contribui para a demonstração da ocorrência ou inoocorrência de um fato, mas não é possível “pontuar” matematicamente esse valor<sup>15</sup>.

Tomar posição nesse debate entre o probabilismo e outras correntes da epistemologia extrapolaria os limites desse trabalho. Aqui se debate apenas uma premissa: a de que probabilidades matemáticas são incompatíveis com o processo, como se elas não tivessem nenhum papel a desempenhar no universo das provas e, por isso, o único caminho possível fosse a avaliação subjetiva do juiz. É que, se não for possível definir graus de probabilidade para orientar o juiz, permitindo que sua avaliação dependa apenas de subjetividade, justificada linguisticamente pela via da argumentação, será necessário conviver com um severo contratempo, cujo risco é usualmente menosprezado: a psicologia cognitiva já demonstrou que probabilidades não são intuitivas aos seres humanos.

#### 4. O problema: probabilidades não são intuitivas

Apesar das críticas ao probabilismo jurídico, há um problema grave, que resta sem solução, quando se descarta a hipótese de atribuir probabilidades matemáticas

---

Ver também PARK, Roger; SAKS, Michael. Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn. In: *Boston College Law Review*, vol. 47, 2005, p. 949–1031.

<sup>12</sup> O teorema de Bayes foi originalmente desenvolvido para cálculo de probabilidades em contextos não relacionados com o Direito. Ele fornece um mecanismo para se calcular a probabilidade de um evento ser verdadeiro quando se conhecem as probabilidades de outro evento.

<sup>13</sup> Ver SPRENGER, Ian. The Objectivity of Subjective Bayesianism. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/160113577.pdf>. Acesso em: 24 maio 19. Para uma crítica ao bayesianismo subjetivo, ver HAACK, Susan. Evidence Matters. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 71.

<sup>14</sup> Analisando o processo penal e afirmando que o julgamento matemático pode encontrar uma presunção de culpa, TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. In: *Harvard Law Review*, Vol. 84, No. 6, 1971, p. 1329–1393.

<sup>15</sup> HAACK, Susan. Evidence Matters. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 60: “But I don’t believe it [the calculus of probabilities] could [serve as a way of computing degrees of warrant], for at least three reasons: (a) Mathematical probabilities form a continuum from 0 to 1; but because of the several determinants of evidential quality, there is no guarantee of a linear ordering of degrees of warrant. (b) The mathematical probability of (p and not-p) must add up to 1; but when there is no evidence, or only very weak evidence, either way, neither p nor not-p is warranted to any degree. (c) The mathematical probability of (p & q) is the product of the probability of p and the probability of q—which, unless both have a probability of 1, is always less than either; but combined evidence may warrant a claim to a higher degree than any of its components alone would do”.



aos *standards* probatórios. É que a psicologia já demonstrou que as inferências probabilísticas subjetivas estão altamente sujeitas a vieses cognitivos. Em outras palavras, probabilidades não são intuitivas<sup>16</sup>, inclusive para os juízes.

Isso significa que os juízes avaliarão o quão provável é um evento pertinente ao caso a partir de vieses de representatividade, de disponibilidade, de ancoragem e tantos outros que já foram devidamente mapeados experimentalmente. É sabido, hoje, que as pessoas tendem a achar mais prováveis eventos que sejam mais notórios, mais memoráveis ou mais assemelhados a outros que o sujeito considere familiares.

Esse problema tem sido recorrentemente subestimado pelos juristas. Amos Tversky e Daniel Kahneman demonstraram que as pessoas não apenas se equivocam ao avaliar probabilidades complexas, mas também se equivocam em testes simples, relacionados a situações corriqueiras. Informações irrelevantes influenciam na avaliação acerca do pertencimento de alguém a um grupo, apenas porque essas características tendem a estar associadas ao grupo, quer dizer, por similaridade, não por probabilidade. Esse problema, relacionado à heurística de representatividade, “leva a erros sérios, porque a similaridade ou representatividade não é influenciada por diversos fatores que deveriam afetar as avaliações de probabilidade”<sup>17</sup>. Entre esses fatores, os autores elencam a recorrente insensibilidade das pessoas aos resultados anteriores, ao tamanho da amostra e falsas correlações de causa e efeito entre eventos coincidentes.

Essas distorções cognitivas não estão limitadas a sujeitos ingênuos ou deseducados, de modo que se possa excluir a possibilidade de que afetem um juiz devidamente treinado. Pelo contrário, um experimento realizado tendo como sujeitos pesquisadores experientes demonstrou uma tendência a que eles, mesmo conhecendo as regras de metodologia científica, considerassem pequenas amostras como representativas de uma população, independentemente de qual fosse a desproporção entre uma e outra. Assim, superestimaram significativamente a confiabilidade dos resultados<sup>18</sup>.

Os trabalhos citados, já ampliados e confirmados ao longo do tempo, foram especificamente aplicados a juízes. Rachlinski e Wistrich<sup>19</sup> listam uma série de estudos realizados por outros pesquisadores, que denotam que juízes se apoiam demais em suas intuições para decidir, o que os faz suscetíveis a erro. Esses fatores incluem a utilização de provas ou de informações não juntadas aos autos, de provas consideradas ilícitas ou a decisão com base em simples preconceito ou em reações emocionais. O que se trata aqui é de juízes que, honestamente, pretendem agir de modo imparcial, cumprindo os postulados probatórios, mas que podem ser impedidos de fazê-lo em

<sup>16</sup> KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

<sup>17</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 4.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>19</sup> RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*. In: *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2017, p. 1-44.

virtude de limitações cognitivas inconscientes<sup>20</sup>. Em um teste de resposta cognitiva (CRT), aplicado por Guthrie et al<sup>21</sup> apenas a juízes, os resultados foram os mesmos que se obtêm com um grupo de adultos não treinados, quais sejam: eles erram a maioria das respostas. Não há evidência empírica de que os juízes sejam mais capazes de driblar os vieses cognitivos do que quaisquer outros indivíduos, em vários cenários<sup>22</sup>.

Isso significa que a ampliação do conhecimento e do uso das estatísticas, em quaisquer casos que se apresentem à jurisdição, seria bem-vinda. Os juízes decidiriam melhor se soubessem, estatisticamente, o quão frequentes são determinados fatos ou determinadas correlações, do que se intuíssem isso a partir do que ordinariamente acontece, como determina o Código de Processo Civil Brasileiro<sup>23</sup> ou, em termos similares, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, que exige do autor prova daquilo que se desprenda do ordinário<sup>24</sup>, como se os conceitos de ordinário e extraordinário fossem, de alguma forma, objetivos e não fruto de nossa percepção da realidade, recorrentemente equivocada, como demonstra a psicologia.

As evidências empíricas demonstram que os juízes, usualmente, concluem quais fatos são mais prováveis por intermédio de um *story model*. Ele propõe que a relevância das provas, o modo como elas se relacionam com outras provas e o grau de confiabilidade de cada uma delas é determinado pela criação de uma história mental que provê coerência para o conjunto<sup>25</sup>. Aquilo que se encaixa na história é reputado provável, ordinário, enquanto o que não se encaixa é visto como improvável, extraordinário.

<sup>20</sup> Isso para não considerar os juízes que repetem, recorrentemente, que decidem de acordo com a sua consciência ou que gostam de olhar no olho da testemunha para saber se está mentindo.

<sup>21</sup> GUTHRIE C., RACHLINSKI JJ, WISTRICH AJ. Blinking on the bench: How judges decide cases. In: Cornell Law Rev, vol. 93, 2007, p. 1-43.

<sup>22</sup> Para uma lista mais recente de referências, ver POULTON, E.C. *Behavioral Decision Theory: A New Approach*. New York: Cambridge University Press, 1994. Ver também GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (eds.). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002. GIGERENZER, G. How to Make Cognitive Illusions Disappear: Beyond “Heuristics and Biases”. *European Review of Social Psychology*, 2(1), 1991, p. 83–115; TEITELBAUM, Joshua C.; ZEILER, Kathryn (eds.). *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2018; EYAL Zamir; TEICHMAN, Doron (eds.). *The Oxford Handbook Of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1471-1550; SUSTEIN, Cass. Behavioral law and economics: a progress report. In: *American Law and Economics Review*, vol. 1, 1999, p. 115-157. Cabe ressaltar que, em algumas situações, há evidências de que os juízes são mais capazes de ignorar vieses cognitivos do que pessoas não treinadas. Em um teste aplicado por Wistrich, Guthrie e Rachlinski, relacionado ao *hindsight bias* – o viés segundo o qual a análise da probabilidade de ocorrência de um fato é influenciada pelo conhecimento de que aquele fato ocorreu – os juízes se saíram significativamente melhor do que as pessoas sem treinamento. Os juízes foram capazes de avaliar se uma busca policial foi apropriadamente conduzida, mesmo após saberem que provas incriminadoras foram encontradas. Para as pessoas comuns, o conhecimento acerca do encontro da prova cria a tendência a justificar a busca. Ver WISTRICH, Andrew; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey. Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberating disregard. In: *University of Philadelphia Law Review*, vol. 153, 2005, p. 1251 e ss.

<sup>23</sup> “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

<sup>24</sup> *Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 217, 2* “Corresponde al actor y al demandado reconvientela carga de probarla certeza de loshechos de los que ordinariamente se desprenda, segúnlas normas jurídicas a ellosaplicables, efecto jurídico correspondiente a laspretensiones de la demanda y de lareconvención”.

<sup>25</sup> O estudo seminal quanto a essa questão foi elaborado por PANNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. A cognitive theory of juror decision making: the story model. In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, p. 519

Isso implica que fatores não ligados à confiabilidade de cada prova, tais como as crenças do julgador sobre o mundo, o comportamento das pessoas e suas motivações podem exercer um papel determinante na definição de uma prova ser mais ou menos digna de crédito. Sem um guia externo, juízes poderão ser induzidos, sobretudo em casos complexos, a acreditar em provas que reforçam as suas convicções (inexatas) sobre o mundo e a desconsiderar aquelas que as contradizem. Outras questões inconscientes também podem exercer um papel inapropriado. Há evidências de que os julgadores tendem a acreditar mais em provas apresentadas em uma ordem lógica e coerente com uma história do que se as mesmas provas forem apresentadas fora de ordem<sup>26</sup>. Assim, acreditar que um juiz é capaz de avaliar provas de modo puramente racional é acreditar em um mito, sem qualquer base científica. Um mito que pode até ser reconfortante, mas não é real.

### 5. As “*naked statistics*”

Se não é possível expressar os *standards* probatórios matematicamente e se juízos probabilísticos subjetivos são inevitáveis quando se analisam provas, parece certo que as estatísticas têm um papel a desempenhar no processo. Quando se demonstra, estatisticamente, que o consumo de um medicamento aumenta as chances de que o paciente desenvolva uma doença, o juiz pode considerar, subjetivamente, que a prova estatística contribui para o atingimento do *standard* decisório aplicável ao caso. Esse, portanto, não é o problema.

Nesse sentido, nos Estados Unidos, desde 1985, o *Manual for Complex Litigation*, editado pelo *Federal Judicial Center*, contempla pesquisas quantitativas como provas não apenas aceitáveis como desejáveis para certos tipos de demandas<sup>27</sup>. Em sua edição atual, o Manual orienta os juízes no sentido de que os métodos estatísticos permitem determinar características de uma população ou universo de eventos a partir da observação dessas características em uma amostra relativamente reduzida do grupo. Assim, estudos quantitativos podem proporcionar substancial economia de tempo e de dinheiro na instrução do processo e, em alguns casos, serão “o único meio possível de coletar e apresentar dados relevantes”<sup>28</sup>.

---

e ss. Para uma descrição mais ampla da literatura, ver EYAL, Zamir; TEICHMAN, Doron (eds.). *The Oxford Handbook Of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 518.

<sup>26</sup> PANNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. A cognitive theory of juror decision making: the story model. In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, p. 519 e ss.

<sup>27</sup> Nesse sentido, durante os debates orais de *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., perante a Suprema Corte, embora relativos à admissibilidade da *classaction*, várias vezes a discussão entre os advogados e juízes derivou para questões de mérito, relativas à existência ou não de provas de uma política empresarial discriminatória e da metodologia estatística utilizada pelas partes para aferi-la ou refutá-la. O áudio dos debates está disponível em [[http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/oral\\_arguments.aspx](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/oral_arguments.aspx)]. Acesso em: 16set. 2018. É bom observar, no entanto, que algumas vezes as estatísticas são consideradas inadmissíveis, porque podem ser dúbias ou superestimadas pelo júri. Ver, por exemplo, *State v Sneed* 414 P.2d 858, 1966 e *State v Carlson*, 267 N.W. 170, 176, 1978.

<sup>28</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for complex litigation*. 4. ed. Disponível em: [<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>]. Acesso em: 20 nov. 2017, p. 102.

A questão polêmica é a possibilidade de que o *standard* probatório pertinente seja atingido exclusivamente pela aplicação de probabilidades estatísticas. Wells realizou um *survey* com 740 estudantes e 111 juizes, indagando se eles estariam dispostos a impor responsabilidade ao causador de um dano, em um caso hipotético. Ambos os grupos se comportaram de modo similar. Quando o caso era apresentado tomando como base apenas provas estatísticas, o índice de condenação era inferior a 10%. Quando eram apresentadas outras provas, a condenação passava ao patamar de 65%, ainda que a probabilidade matemática e subjetiva fosse a mesma em ambos os cenários. A conclusão do autor é a de que as provas só são capazes de afetar as decisões quando contribuem para a percepção da veracidade dos fatos relevantes, não para a probabilidade de veracidade desses fatos, ainda que essa probabilidade seja muito elevada, mas inferior a 100%<sup>29</sup>.

A resistência a condenações baseadas em estatísticas puras não é nova e nem se limita a estudos teóricos. Susan Haack menciona que tribunais norte-americanos tiveram a oportunidade de afirmar que as estatísticas, sozinhas, não são hábeis a sustentar o julgamento de procedência. No caso Smith, julgado em 1945, a autora pretendia responsabilizar uma empresa de ônibus por um acidente ocorrido em uma rua na qual a linha regular era operada apenas por ela. O tribunal entendeu que essa circunstância não precluiria outras possibilidades, como, por exemplo, que o acidente tivesse sido causado por um ônibus fretado. Por isso, negou o pedido<sup>30</sup>.

De modo similar, no caso Sargent, julgado em 1940, uma companhia de seguros foi demandada pelo filho de uma pessoa desaparecida, com base na elevada probabilidade de que ele tivesse morrido em um acidente de caça. O tribunal negou o pedido, afirmando que “uma proposição é comprovada em um patamar de preponderância se ela aparenta ser mais provável, no sentido de uma crença concreta na sua veracidade, derivada das provas, ainda que possam existir na mente do juiz ou juizes algumas dúvidas”<sup>31</sup>. Ao longo do tempo, diversos outros casos tenderam a reiterar esse entendimento<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> WELLS, Gary L. Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough? In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, nº 5, 1992, p.739-752.

<sup>30</sup> Haack, op. Cit., p. 26. BETTY SMITH vs. RAPID TRANSIT INC., 317 Mass. 469, 1944.

<sup>31</sup> “The weight or ponderance of evidence is its power to convince the tribunal which has the determination of the fact, of the actual truth of the proposition to be proved. After the evidence has been weighed, that proposition is proved by a preponderance of the evidence if it is made to appear more likely or probable in the sense that actual belief in its truth, derived from the evidence, exists in the mind or minds of the tribunal notwithstanding any doubts that may still linger there”. PORTER SARGENT vs. MASSACHUSETTS ACCIDENT COMPANY., 307 Mass. 246, 1940.

<sup>32</sup> Martin Smith coleta os seguintes casos em que as estatísticas não foram admitidas como provas suficientes: Virginia & S.W. Ry. Co. v Hawk, 160 F.2d 348, 352 (6th Cir. 1908), Evans v Ely, 13 F.2d 62, 64 (3rd Cir. 1926), Sargent v Massachusetts Accident Co. 307, 246, 250, 29 N.E. 2d 825, 827 (Mass. 1940), Commercial Standards Insurance Co. v Gordon Transports Inc., 154 F.2d 390, 396 (1946), People v Collins, 438 P.2d 33 40-41 (Cal. 1968), Guenther v Armstrong Rubber Co. 406 F.2d 1315, 1318 (3d Cir. 1969), State v Carlson, 267 N.W. 170, 176 (Minn. 1978), United States v Shonubi, 103, F.3d 1085 (2d Cir. 1997), R v Watters, All ER (D) 1469 (2000). SMITH, Martin. *When Does Evidence Suffice for Conviction?* Disponível em: <https://philarchive.org/archive/SMIWDv1>. Acesso em: 15 mar. 19.

Mais recentemente, em *Sienkiewicz v. Greif*<sup>33</sup>, a Suprema Corte do Reino Unido voltou ao assunto e discutiu longamente a relação entre estatísticas (no caso, entre epidemiologia) e decisão<sup>34</sup>. Embora o caso não tenha sido decidido com base nessa premissa, quatro juízes afirmaram, em *obiterdicta*, que o nexo de causalidade entre uma doença e a exposição a determinado contaminante não poderia ser comprovado apenas por estatísticas. O ponto central dessas decisões é o de que, embora as estatísticas possam demonstrar probabilidades, elas não são capazes de determinar se o caso em exame se enquadra ou não nas probabilidades que foram estabelecidas<sup>35</sup>.

### 5.1. Estatísticas na comprovação de ilícitos relacionados a discriminação

As estatísticas também desempenham um papel central no debate quanto a discriminação, em vários segmentos, tais como a discriminação racial ou de gênero. A demonstração da discriminação enquanto política institucional é possível apenas estatisticamente. Ato específico, contra pessoa determinada, sempre podem ser justificados como conduta pessoal do indivíduo, não da entidade, pública ou privada, em nome do qual o indivíduo age.

Esse debate foi iniciado pela teoria do impacto desproporcional (*disparate impactdoctrine*), que pretende fornecer parâmetros para a análise de condutas públicas ou privadas, aparentemente neutras, mas cuja aplicação concreta acarreta, propositadamente ou não, prejuízo maior – desproporcional – à minoria. Não se trata, assim, de investigar uma empresa que deliberadamente contrata ou promove apenas empregados brancos ou apenas homens, mas de uma empresa que adota uma política de contratação aparentemente neutra, mas com efeitos negativos sobre grupos que já estão em desvantagem social.

A teoria surgiu em 1964, no caso *Griggs v. Duke Power Co.*, o qual tem um contexto fático bastante específico. A companhia ré prestava serviços na Carolina do Norte e, no período em que a segregação racial era lícita, contratava negros apenas para o seu departamento mais subordinado (*labor department*). Com a aprovação do

<sup>33</sup> *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd., Willmore v Knowsley Metropolitan Borough Council* [2011] UKSC10.

<sup>34</sup> O caso também gerou intensa produção acadêmica. Ver, por exemplo, STEEL, S. *Sienkiewicz v Greif and Exceptional Doctrines of Natural Causation*. In: *Journal of European Tort Law*, vol. 2, n. 3, 2011, p. 294-311; YAP, Po Jen, *Sienkiewicz v Greif: Causation and Risk of Injury*. In: *Tort Law Review*, Vol. 19, 2011, p. 61-64; LALENG, Per. *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd and Willmore v Knowsley Metropolitan Borough Council: A Material Contribution to uncertainty?* In: *The Modern Law Review*, vol. 74, 2011, p. 777-793.

<sup>35</sup> Nas palavras de Lord Rodgers: “Assuming that the epidemiological study is reliable, the statistics in Lord Mackay’s example would simply indicate that, if you took 100 workmen who developed dermatitis after working in the same conditions, you would expect to find that 30 developed it after having showered and 70 developed it when they had not been able to shower. So, by leading the epidemiological evidence, the only “fact” that the claimant can prove and offers to prove, on the balance of probability, is that in most cases the dermatitis would have been related to the lack of showers. So, if the judge accepts the evidence, it may legitimately satisfy him, on the balance of probability, not that the claimant’s dermatitis was caused by the lack of showers, but that, in the absence of any evidence that the claimant is atypical, it is more probable than not that his dermatitis was caused by the lack of showers. In short, the chances are that it was. Whether, in any particular case, the claimant’s dermatitis was actually caused by the lack of showers is a matter of fact – and one that remains unknown, if the only available evidence is statistical”. *Sienkiewicz v. Greif*, p. 61.

*Civil Rights Act*, em 1964, essa conduta passou a ser ilícita. Literalmente, no dia seguinte à aprovação do ato, a empresa passou a adotar um teste escrito para a admissão e promoção de empregados, além da exigência de diploma de ensino médio. Como os negros tinham, até então, estudado em escolas segregadas de pior qualidade, a aplicação dessa norma, aparentemente neutra, os atingia de modo muito mais grave, o que foi demonstrado estatisticamente.

A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que os novos requisitos de contratação impactavam desproporcionalmente sobre grupos étnicos minoritários. Nesse caso, seria ônus do empregador demonstrar que eles são razoavelmente necessários para o desempenho da função. Como disse o *Chief Justice Burger*, o *Civil Rights Act* “proscree não apenas atos de discriminação aberta, mas também práticas que são legítimas na forma, mas discriminatórias na sua operação”<sup>36</sup>. De modo similar, em *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*<sup>37</sup>, estudos estatísticos foram utilizados para demonstrar que mulheres não tinham as mesmas oportunidades que homens em promoções para cargos de gerência na companhia e que, se isso ocorria em todo o país, não poderia ser justificado pelas condutas individuais dos superiores hierárquicos de cada uma das vítimas, mas por uma cultura empresarial disseminada. Como se percebe, a única forma de se fazer a passagem entre a negativa de oportunidades para algumas mulheres e a comprovação de uma cultura empresarial de discriminação, sem avaliar as carreiras de cada uma das mulheres do maior empregador dos Estados Unidos, é por intermédio de estatísticas.

Apesar do sucesso inicial de *Griggs v. Duke Power Co.* e da inviabilidade de se produzir provas de discriminação disseminada de outro modo, o sucesso das estatísticas, também nesse segmento, é limitado. Em *Washington v. Davis*<sup>38</sup>, caso julgado 12 anos depois, a Suprema Corte refluíu da teoria do impacto desproporcional, para exigir que, além do resultado discriminatório, os interessados demonstrassem a intenção, por parte do contratante, de praticar discriminação. Embora os contextos dos casos sejam distintos<sup>39</sup>, o papel das estatísticas, pelo menos isoladamente, foi diminuído.

Posteriormente, em *Ricci v. DeStefano*<sup>40</sup>, a importância das estatísticas viria a ser ressaltada, mas para a finalidade oposta. O corpo de bombeiros de New Haven anulou um teste de promoção ao fundamento de que nenhum bombeiro negro havia sido aprovado e isso seria evidência de que o teste causara um impacto desproporcional sobre os negros. 20 bombeiros aprovados ingressaram em juízo, alegando que a anulação da prova era discriminatória. A Suprema Corte deu-lhes

<sup>36</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

<sup>37</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, et al., 564 U.S. 338 (2011)

<sup>38</sup> *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976).

<sup>39</sup> “Disproportionate impact is not irrelevant, but it is not the sole touchstone of an invidious racial discrimination forbidden by the Constitution”. Embora não seja relevante para os fins deste artigo, não se pode dizer que o precedente de Davis superou o de Griggs, porque este analisou a conduta discriminatória sob o pálio do *Civil Rights Act*, enquanto aquele tratou diretamente da cláusula constitucional da *equal protection*.

<sup>40</sup> *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

razão, ao fundamento de que o município não tinha “firmes bases probatórias”<sup>41</sup> de que ele teria sido responsabilizado por impacto desproporcional se tivesse promovido os bombeiros aprovados. A decisão foi fortemente criticada do ponto de vista do seu efeito negativo sobre os empregadores que queiram promover políticas de igualdade.

## 5.2. “Naked statistics” no Brasil

No Brasil, a situação não é distinta da que foi apresentada no tópico anterior. O Poder Judiciário já foi confrontado com a análise de estatísticas como provas em mais de uma ocasião. Em 2011, investigação da Polícia Federal, denominada “Operação Q.I.” detectou evidências estatísticas de que 17 candidatos a um cargo público no estado de Rondônia teriam fraudado o exame. Todos eles realizaram provas na mesma localidade, tiveram notas desproporcionalmente altas em relação aos concorrentes e suas respostas certas e erradas seguiam um padrão, que era distinto dos demais candidatos. Os peritos que analisaram o caso concluíram que as chances de que esse padrão fosse resultado de coincidência seriam de 1:55.313.555.376.598.900, o que é milhares de vezes menos do que as chances de alguém ganhar em qualquer loteria.

Com base nessa prova, foi proposta uma ação para retirar os candidatos do cargo, que tramitou sob o número 0018584-46.2011.8.22.0001, na Justiça de Rondônia. Embora eles tenham sido provisoriamente afastados, o pedido acabou sendo julgado improcedente por falta de provas. O juiz do caso afirmou:

A análise Estatística Matemática é uma ferramenta de estudo descritivo e comparativo de dados, ela nos apresenta um caminho, uma direção de pensamento, e nos ajuda a obter uma conclusão clara de um determinado fato. Se for necessário ela serve de apoio a outros estudos para obter resultados justos e esclarecedores. (...) a prova pericial neste caso possui valor de indícios e, portanto insuficiente ao fim que se propõe, nulidade do ato de posse ao fundamento de fraude do concurso. É forçoso concluir pela insuficiência de prova a afirmar ocorrência da suposta fraude a partir dos elementos dos autos, logo não tenho pela ocorrência de fraude a partir de laudo estatístico, pois trata-se de prova de natureza indiciária.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em pelo menos três casos, que “a mera probabilidade, constituída a partir de laudo estatístico”<sup>42</sup>, não basta para comprovar fraude em concursos públicos. No precedente que inaugura a

<sup>41</sup> Esse parâmetro, denominado “*Strong-basis-in-evidence standard*”, havia sido firmado em *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

<sup>42</sup> Essa frase está na decisão do AgRg no RMS 26.011/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015.

série<sup>43</sup>, o tribunal apenas afirma que o laudo estatístico deveria ser corroborado por outros “elementos concretos (...) por estar fundado em probabilidades”. A decisão do STJ cita, ainda, trechos do acórdão recorrido que analisou a qualidade dos elementos estatísticos produzidos no processo, para impugnar-lhes a qualidade. Ocorre que a desconstrução das estatísticas, pelos julgadores que atuaram nas instâncias inferiores, foi feita de modo leigo<sup>44</sup>, sem recurso a outro *expert* que se opusesse às conclusões que sustentavam que as chances de o resultado decorrer de coincidência eram irrisórias. O STJ não debateu essa falha, limitando-se a transcrever as objeções do acórdão recorrido. O Tribunal Superior ainda transcreve outra decisão, oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na qual o Desembargador Leocir Manoel da Luz aponta que, “no campo das estatísticas, a ocorrência de provas idênticas entre os aprovados no concurso era muito mais rara que acertar sozinho na megasena”. Apesar dessa baixíssima probabilidade de coincidência, o julgador, logo a seguir, complementa: “Portanto, não descartou totalmente a ocorrência de uma coincidência, quanto mais uma coincidência parcial”. Quer dizer, a decisão, citada pelo STJ, reconhece que as possibilidades de que o fato evidenciado pela análise estatística não ter ocorrido eram mínimas, irrisórias, mas concluiu que, conquanto mínimas, elas existem e, portanto, sustentam a improcedência.

Daí em diante, os dois outros casos que o STJ julgou, acerca do problema das estatísticas, se limitam a citar a primeira decisão como argumento de autoridade, para afirmar que estatísticas, sozinhas, não bastam para sustentar uma conclusão, qualquer que seja ela. Não há exame quanto a qualidade dos estudos estatísticos produzidos em cada um dos casos. Conclui-se que outras provas se fazem necessárias, além das probabilidades. O laudo estatístico seria “mera prova indiciária”<sup>45</sup>. Parece haver, portanto, uma injustificada tarificação da prova estatística no STJ, para desvalorizá-la.

Wasserman explica essa resistência às estatísticas, apontando que elas geram a percepção no julgador de injustiça para com o réu, já que o julgamento não seria propriamente de seu caso, mas de sua própria conduta pretérita, ou do comportamento do grupo ao qual ele pertence<sup>46</sup>. Mas o que se percebe de todos esses casos é que, de maneira geral, não há um questionamento acerca da confiabilidade das estatísticas apresentadas aos tribunais. O que se disputa é a possibilidade de inferir causalidade

<sup>43</sup> RMS 24.503/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010.

<sup>44</sup> O Desembargador João Mariosi, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, citado pelo STJ, afirmou: “Quando decido, não estou dando aula de Estatística, não estou dando aula de Direito, estou decidindo, sou o Estado em uma forma reservada aqui, um por dezessete, e a validade é justamente o Estado falando e decidindo a matéria. Portanto, quando se trata de prova indiciária em que se busca a Estatística, está havendo um sofisma e sério, porque o cluster, que significa caixa, usado na Estatística, foi usado indevidamente. Seria o caso de dizer que qualquer pessoa que jogou na lota seja criminosa, porque o criminoso que matou fulano de tal deixou um bilhete da lota. É o que foi feito neste processo”.

<sup>45</sup> A expressão é utilizada na decisão do REsp 1307532/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013.

<sup>46</sup> WASSERMAN, David. The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability. In: Cardozo L. Rev., vol. 13, 1992, p. 935 e ss. De modo geral, ver WASSERMAN, Larry. *All of Statistics: A Concise Course in Statistical Inference*. New York: Pittsburgh, Springer, 2003.



das probabilidades estatísticas, mesmo quando elas são elevadas. De modo simples, afirmar que “há 99% de chances de que um ônibus pertença à empresa X” parece soar a um juiz como “não há fatos que demonstrem que o ônibus pertença à empresa X, ainda que isso seja muito provável”.

Essa conclusão ignora que todas as provas, sem exceção, envolvem um ou mais juízos probabilísticos implícitos. O único motivo pelo qual essas provas são vistas como mais confiáveis é exatamente porque os juízos probabilísticos são implícitos, não explícitos. Mas elas não apenas são tão probabilísticas quanto as estatísticas puras, quanto podem conter probabilidades menores de corresponder à realidade e, por isso, ser menos confiáveis.

## 6. As probabilidades ocultas nos raciocínios probatórios “tradicionais”

Suponha-se que não seja justo condenar uma empresa a indenizar alguém em virtude de um câncer decorrente da exposição a um produto por ela produzido porque, estatisticamente, há apenas 80% de chances de que o produto seja a causa da doença, o que significa que há 20% de chances de que não seja. Por outro lado, suponha que seria justo condenar alguém com base no testemunho de uma pessoa quanto a um fato que ela presenciou porque o testemunho, diferentemente das estatísticas, se dirige diretamente àquele fato, não a uma classe (população) de fatos.

O problema é que esse raciocínio ignora que a decisão fundada na prova testemunhal teria que pressupor a) que há 100% de chances de que a testemunha esteja dizendo a verdade; b) que há 100% de chances de que ela tenha percebido corretamente a situação; c) que há 100% de chances de que ela tenha relatado apropriadamente a situação em juízo. Se, como parece evidente, for possível afirmar que qualquer desses três fatores não atinge o patamar de 100%, então se estará diante de uma probabilidade de que o testemunho seja verdadeiro e capaz de demonstrar a ocorrência daquele fato. Se, por exemplo, cada um desses fatores tiver probabilidade de 90% e, partindo do pressuposto de que eles estejam relacionados, a probabilidade final de que a decisão esteja fundada em um fato verídico será de apenas 73%.

Esse raciocínio pode ser expandido para qualquer tipo de prova, em qualquer situação. Tome-se como ilustração o caso do testemunho ocular (*Eye witness testimony*), que é recorrentemente considerado uma prova robusta, eis que decorre do conhecimento direto do fato pela testemunha, que o presenciou. Apesar de as pessoas serem condenadas civil e criminalmente, todos os dias, em decorrência de testemunhos oculares, há diversos estudos apontando a baixa confiabilidade desse tipo de prova<sup>47</sup>. Em um *survey* com 63 especialistas em testemunho ocular,

<sup>47</sup> O primeiro estudo de que se tem notícia sobre o assunto é de MÜNSTERBERG, Hugo. *Onthewitness stand*. New York: Doubleday, Page & Company, 1908. Esse trabalho recebeu um interessante comentário, por ocasião de seu centenário, em MEMON, Amina; MASTROBERARDINO, Serena; FRASER, Joanne. *Münsterberg's Legacy: What Does Eyewitness Research Tell Us About the Reliability of Eyewitness Testimony? In: Appl. Cognit. Psychol.* Vol. 22, 2008, p. 841–851. Ver também MAGNUSSEN, S.; MELINDER, A.; STRIDBECK, U.; RAJA, A. Q. *Beliefs about factors affecting the Reliability of eyewitness testimony: A Comparison of judges, jurors*

Kassin, Ellsworth e Smith<sup>48</sup> encontraram elevado grau de concordância (80%) de que esse tipo de prova pode ser negativamente influenciado não por três, mas por pelo menos 9 fatores: o modo de fazer a pergunta à testemunha, as instruções durante a identificação da pessoa visualizada, informações enganosas recebidas após o fato, a correlação entre precisão e confiabilidade, atitudes e expectativas, o tempo de exposição, transferência inconsciente, identificação cara-a-cara (“*showups*”) e a curva de esquecimento. Além disso, um número significativo de especialistas (70%) ainda acrescenta preconceitos raciais, diferenças no posicionamento das pessoas a serem identificadas e a tendência a superestimar a duração dos eventos, o que eleva o número de fatores de dúvida a 12<sup>49</sup>.

Aplicando o mesmo raciocínio desenvolvido acima, se for possível afirmar que cada um desses marcadores de influência negativa reduz a credibilidade de uma testemunha ocular em apenas 10%, e supondo que, na ausência de qualquer deles, a testemunha seria 100% crível, seria preciso concluir que 80% dos especialistas entrevistados por Kassin, Ellsworth e Smith concordariam que o grau máximo de credibilidade dessa testemunha ocular seria de 38,7%. Se o escrutínio for elevado aos 12 critérios, preconizados por 70% dos experts, uma testemunha ocular teria apenas 28,2% de credibilidade, mantido o fator de dedução de 10% por critério.

Esse raciocínio poderia ser expandido para qualquer tipo de prova, com maior ou menor grau de credibilidade. Documentos públicos ou particulares, testemunhos, perícias e quaisquer outras provas apenas são hábeis a sustentar determinada afirmação na medida em que estiverem isentos de dúvidas. Como essa medida

---

and the general public. *Appl. Cognit. Psychol.*, vol. 24, 2010, p. 122-133; WELLS, Gary; OLSON, Elizabeth. Eyewitness Testimony. *In: Annual Review of Psychology*, Vol. 54, 2003, p. 277-295; LEACH, Amy-May; CUTLER, Brian L.; VAN WALLENDIAEL, Lori. Lineups and Eyewitness Identification. *In: Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5, 2009, p. 157-178; CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven; MARTENS, Todd. The reliability of eyewitness identification. *In: Law and Human Behavior*, vol. 11, n. 3, 1987, p. 233-258; BARKOWITZ, P.; BRIGHAM, J. C. Recognition of faces: Own-race bias, incentive, and time delay. *In: Journal of Applied Social Psychology*, vol. 12, 1982, p. 255-268; BRIGHAM, J. C. The accuracy of eyewitness evidence: How do attorneys see it? *In: The Florida Bar Journal*, vol. 55, 1981, p. 714-721; FRAZZINI, S. F. Review of eyewitness testimony. *In: The Yale Review*, vol. 70, 1981, p. XVIII-XX; LOFTUS, E. F. *Eyewitness testimony*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1979.

<sup>48</sup> KASSIN, S. M., ELLSWORTH, P. C., SMITH, V. L. The “general acceptance” of psychological research on eyewitness testimony: A survey of the experts. *American Psychologist*, vol. 44, n. 8, 1989, p. 1089-1098.

<sup>49</sup> Martin Smith faz uma consideração similar à desenvolvida no texto, embora ele não subscreva a conclusão: “For a court surely would – and surely should – find the Blue-Bus company liable on the basis of other kinds of defeasible evidence. Suppose that, instead of the market share evidence, an eyewitness to the incident testifies that the bus involved was a Blue-Bus bus. Provided this testimony is not contradicted or called into question, it would generally be deemed sufficient for a finding of liability. But eyewitnesses are fallible. The fact that a witness testifies that the bus involved was a Blue-Bus bus does not guarantee that it was. The witness might have suffered a hallucination, or another sort of bus might have been sporting a Blue-Bus logo, or the witness might have been simply lying in order to smear the company etc. If we were forced to come up with some numerical estimate of how likely it is that the bus really was a Blue-Bus bus, given the witness testimony, it’s doubtful that we would go quite as high as 90% – that would seem overly trusting. But 90% is, of course, precisely how likely it is that the bus involved was a Blue-Bus bus, given the statistical evidence about which we were so apprehensive. A verdict of liability based on this testimonial evidence would actually run a greater risk of error than a verdict of liability based upon the statistical evidence. And yet the former verdict would seem acceptable, while the latter would not”. SMITH, Martin. When Does Evidence Suffice for Conviction? Disponível em: <https://philarchive.org/archive/SMIWEv1>. Acesso em: 15 mar. 19.

nunca será de 100%, sempre se poderá dizer que determinada prova, ou conjunto de provas, sustentam a probabilidade de uma conclusão, em maior ou menor grau. Exatamente como as estatísticas.

Do mesmo modo, não é possível reduzir o valor das provas estatísticas com o argumento de que elas se debruçam sobre o perfil de uma população, não sobre o caso em si e, portanto, o réu seria condenado por pertencer a determinado grupo, não pelo que efetivamente fez. Sempre que o juiz afere em que grau as provas do autor e do réu são críveis, é necessário generalizar o grau de credibilidade de cada uma das provas apresentadas, assim como do conjunto que elas formam. Isso implica avaliar até que ponto é provável que uma testemunha esteja dizendo a verdade, até que ponto é provável que determinado método pericial seja confiável, até que ponto o depoimento das partes aparenta ser verídico etc. E, embora os sistemas jurídicos ocidentais permitam que os juízes valorem essas ocorrências à luz das circunstâncias dos casos, há abundantes estudos psicológicos que demonstram que essa análise está inerentemente sujeita a vieses cognitivos.

Dito de outro modo, quando um juiz avalia se uma testemunha é mais digna de crédito que outra, ele está avaliando até que ponto é provável, à luz do conjunto probatório do caso, que aquela pessoa esteja dizendo a verdade. Isso é específico do caso e, via de regra, é o que vai constar explicitamente da decisão. Porém, implicitamente, o juiz também analisa:

A) até que ponto provas testemunhais são confiáveis ou não, naquele caso específico. Por exemplo, se o litígio for referente à execução de um contrato de obra pública para a construção de uma ponte, o juiz provavelmente reputará a prova testemunhal menos confiável que o diário de obra. Isso não significa que a prova testemunhal, naquele caso, seja, de fato, menos confiável, mas apenas que, por generalização, a população de provas testemunhais costuma ser menos confiável em casos nos quais há abundância de elementos documentais.

B) até que ponto provas testemunhais são críveis naquele tipo de litígio, de maneira geral. Por exemplo, em litígios relacionados à execução de quaisquer contratos públicos, provas testemunhais são pouco críveis, porque a administração pública não procede, de modo geral, de maneira verbal. “Seria estranho”, avaliaria o juiz, se apenas nesse caso o testemunho fosse mais verídico que o diário de obra já que, via de regra, diários de obras são mais confiáveis que testemunhas. Essa redução da credibilidade do testemunho não depende do caso em si, mas da opinião que o juiz tem quanto àquela população de casos. E pode ser que, naquele caso, a testemunha seja mesmo mais confiável que o diário de obra.

C) Até que ponto um testemunho de qualquer pessoa naquela situação seria crível. Por exemplo, testemunhos de ex-empregados da empresa, que com ela tenham outros litígios, são inerentemente considerados menos críveis, mesmo que não se saiba se, naquele caso, essa circunstância exerce ou não influência. O juiz será levado a crer que, geralmente, testemunhas que estão litigando contra a parte, ainda que por motivos completamente distintos do caso em tela, merecem menos confiança, pois podem guardar algum tipo de rancor. Perceba-se que esse raciocínio decorre apenas de uma generalização quanto ao comportamento de uma população de testemunhas que conduzem processos contra as partes dos casos nos quais testemunham, não da análise de evidências de que, naquele caso, aquela testemunha guarda algum rancor.

D) Até que ponto aquele meio de prova é crível, em geral. Embora os sistemas ocidentais tenham abandonado, como regra, a tarifação prévia de provas, é inegável que determinados meios são considerados inerentemente mais confiáveis que outros, mesmo que não haja evidências de que essa confiabilidade seja justificável, naquele caso. A confissão é usualmente reputada a mais crível das provas, seguida do documento público, do documento particular, do testemunho direto e do testemunho indireto (*hearsay*).

Em resumo, todo raciocínio probatório inclui análises probabilísticas implícitas de credibilidade que, se fossem explicitadas, teriam potencial para reduzir a credibilidade das provas aquém dos índices que se obtém em algumas situações em que análises estatísticas puras estão em jogo. Além disso, muitas vezes o raciocínio probatório inclui generalizações implícitas quanto a um conjunto de situações que envolvem aquela prova, não relacionados ao caso em exame. Da mesma forma que estatísticas dependem da população analisada, não do caso singular, a credibilidade das provas e, com isso, a decisão também depende de generalizações a respeito da população de circunstâncias que cercam aquele caso, ou aquele tipo de caso, não apenas do caso em si e das provas que dizem respeito diretamente a ele.

Logo, excluir a possibilidade de que alguém seja condenado apenas com base em estatísticas significa, primeiramente, tarifar negativamente a prova estatística, eis que se aceita, sem maiores dificuldades, que alguém seja condenado apenas com base em um documento (independentemente da possibilidade de ele ser falso, ainda que pareça verdadeiro), ou apenas em uma testemunha (independentemente da possibilidade de que ela possa estar mentindo, ainda que pareça dizer a verdade) ou com base em uma análise pericial (independentemente da possibilidade de falha do método científico). A única diferença é que a estatística traz em si, explicitamente, o seu grau de confiabilidade enquanto, nos demais tipos de prova, essa possibilidade de erro permanece implícita, oculta, ao aguardo de que surjam outras evidências que a revelem.

Em segundo lugar, significa admitir que alguns réus não serão condenados, mesmo que haja elevada probabilidade de serem culpados, enquanto outros serão condenados, mesmo que haja maiores probabilidades do que os primeiros de que sejam inocentes. No exemplo das fraudes em concursos públicos, apresentado acima, há pessoas que efetivamente foram eliminadas dos exames por portarem objetos proibidos, mesmo que não houvesse qualquer evidência de que o tivessem utilizado para obter benefícios e, pelo contrário, fosse baixa a probabilidade de que o objeto tivesse potencial para influir no resultado. Por outro lado, pessoas cujas probabilidades de não terem cometido fraude eram irrisórias foram absolvidas, apenas porque a única coisa que pesava contra elas não era uma prova “tradicional”, mas apenas a elevada probabilidade de serem fraudadores.

Em terceiro lugar, significa admitir que alguns réus jamais serão condenados. No mercado consumidor, isso implica aceitar que determinados seguimentos de mercado serão proporcionalmente super-responsabilizados (*overdeterrence*), enquanto outros serão sub-responsabilizados (*underdeterrence*). Aquelas atividades cujos efeitos deletérios sejam facilmente perceptíveis serão submetidas a um patamar de responsabilidade civil superior às suas concorrentes que forem capazes de mascarar os sinais visíveis dos danos que causam. A longo prazo, isso significa que todo o mercado será estimulado a direcionar seus esforços para a ocultação dos danos, evitando aquilo que puder ser provado de acordo com métodos “tradicional”, em vez de direcioná-los para a redução concreta dos riscos mais significativos. De modo similar, excluir a possibilidade de condenações por estatísticas significa dizer que empresas que disseminam uma cultura de condutas lesivas a minorias, raciais ou de gênero, permanecerão impunes, eis que poderão sempre justificar-se pelo argumento de que se trata de “ato isolado”.

Apesar de tudo, é bom anotar que as decisões baseadas apenas em provas estatísticas continuam sendo amplamente minoritárias e, de modo geral, a técnica é repudiada nos tribunais, salvo como elemento acessório a outras provas. Talvez o mais conhecido dos casos de processos relacionados a demonstrações estatísticas seja *McCleskey v. Kemp*,<sup>50</sup> no qual a tese de um condenado à morte, para demonstrar a injustiça da punição, era a de que um negro que cometesse um crime contra uma vítima branca, no estado da Geórgia, tinha 4,3 vezes mais chances de ser condenado à morte do que outros homicidas. A conclusão foi obtida a partir de um estudo acadêmico que analisou mais de 500 casos e controlou 39 variáveis.<sup>51</sup> Contudo, em um resultado de cinco votos contra quatro, McCleskey teve seu pedido rejeitado e foi executado em setembro de 1991.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> 481 U.S. 279 (1987).

<sup>51</sup> O estudo foi publicado anos antes de ser utilizado no caso. Trata-se de BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George. Comparative review of death sentences: an empirical study of the Georgia experience. *The Journal of Law & Criminology*, vol. 74, n. 3, p. 661-753, 1983.

<sup>52</sup> Como se observa, a evidência estatística foi suficiente para convencer 4 juizes. A decisão é recorrentemente citada no rol das piores adotadas pela Suprema Corte em todos os tempos.

## 7. Conclusão

Do que foi exposto até aqui, é possível concluir que a afirmação, *ex-ante*, de que réus não podem ser condenados apenas com base em apurações estatísticas decorre de uma má compreensão do papel que as probabilidades desempenham no raciocínio probatório, de maneira geral. Demonstrou-se que qualquer prova implica raciocínios probabilísticos quanto a sua confiabilidade, os quais dependem de raciocínios probabilísticos quanto à confiabilidade daquela espécie de prova, de modo geral. Disso decorre que uma prova nunca é passível de ser analisada apenas de acordo com o caso, mas exige raciocínios probabilísticos implícitos, que não se distinguem dos raciocínios estatísticos.

Em segundo lugar, a impossibilidade de se condenar alguém com base em estatísticas se baseia na falsa premissa de que elas se dirigem ao comportamento geral de um grupo, enquanto as provas tradicionais se dirigem diretamente ao caso. Em realidade, graças ao raciocínio probabilístico antes demonstrado, qualquer prova, mesmo que se dirija diretamente ao caso, tem apenas um percentual (usualmente implícito e não calculado) de chances de, efetivamente, comprovar as afirmações da parte. Dito de modo diverso, as provas tradicionais de responsabilidade por determinado ato só aparentemente comprovam ou não a sua ocorrência. Como elas sempre podem ser verdadeiras ou falsas, há apenas uma probabilidade de que o réu seja culpado ou inocente, assim como as estatísticas demonstram um grau de probabilidade de que tal pessoa seja responsável por um ato. Ocorre que, em estatísticas, a margem de erro é calculada e explicitada. Nas provas tradicionais, isso não ocorre.

Em terceiro lugar, o desestímulo ao uso de estatísticas no âmbito probatório se torna ainda mais nefasto quando a lei concita o juiz a avaliar as provas produzidas “de acordo com o que usualmente acontece”, como se fosse possível que o juiz tivesse uma visão imparcial acerca do que “usualmente acontece” ou que “se desprende do ordinário”. A psicologia comportamental já estabeleceu que, em decorrência dos vieses cognitivos, é impossível que um ser humano avalie, de modo objetivo, o que é ordinário ou extraordinário, corriqueiro ou excepcional. Pelo contrário, probabilidades não são atributos que o cérebro humano seja capaz de perceber e processar instintivamente. Essa análise é influenciada por elementos que nada têm a ver com a efetiva frequência de ocorrência ou recorrência de um fato, o que pode guiar o juiz no sentido de uma avaliação imperfeita das provas.

Em quarto lugar, a exclusão das estatísticas como meios de prova fornece estímulos negativos ao mercado, fomentando comportamentos negativos à sociedade, consubstanciados em condutas que não possam ser comprovados por evidências diretas, tradicionais. A sociedade nada tem a ganhar com a exclusão de meios de prova ou com a inocência de réus cujas probabilidades de serem culpados é elevada, apenas porque essas probabilidades decorrem unicamente de estatísticas.

Nesse contexto, os sistemas jurídicos ocidentais teriam a ganhar se investissem na regulamentação da prova estatística, em vez de insistirem na sua exclusão. Seria melhor fomentar um diálogo produtivo entre juristas e estatísticos para definir, por

exemplo, a) quais tipos de direitos podem ser definidos por estatísticas; b) quais métodos estatísticos são mais ou menos confiáveis em quais tipos de casos; c) qual o grau de probabilidade exigível para cada caso; d) de que modo a prova estatística deve ser produzida; e) de que maneira as partes podem intervir na análise realizada pelo perito, caso ele seja designado pelo juiz; f) quais as credenciais a serem exigidas do *expert* designado para realizar a análise; g) como os juízes devem analisar as estatísticas para tomar suas decisões e assim por diante<sup>53</sup>. Nesse contexto, os Códigos Modelos para a Ibero-América poderiam ser aperfeiçoados por normas que regulassem, de modo mais minudente, o uso das estatísticas.

O receio de que as estatísticas possam levar a uma condenação equivocada torna inesclarecíveis questões que poderiam ser decididas com acuidade. Via de regra, isso desfavorecerá a parte autora, que terá que conviver com a perda do direito material. Por alguma razão, os juristas e o sistema judicial parecem mais confortáveis em admitir que o autor fique sem o direito material que deveria ter do que em prejudicar o réu pelo uso de uma prova que poderia vir a ser inadequada. Esse é um modo equivocado de se encarar a realidade. A omissão em corrigir um mal deveria pesar tanto sobre a consciência do juiz quanto o risco de corrigi-lo equivocadamente.

### Referências

- AFSHARTOUS, David, Sample Size Determination for Binomial Proportion Confidence Intervals: An Alternative Perspective Motivated by a Legal Case. In: *The American Statistician*, vol. 62, 2007, p. 27 e ss.
- AITKEN, C. C. G.; TARONI, Franco. *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*. 2. Ed. New Jersey: Wiley, 2004.
- ALLEN, R. J. Burdens of proof. In: *Law, Probability and Risk*, vol. 13, nº 3-4, 2014, p. 195-219.
- BALDUS, David C.; PULASKI, Charles; WOODWORTH, George. Comparative review of death sentences: an empirical study of the Georgia experience. In: *The Journal of Law & Criminology*, vol. 74, nº 3, p. 661-753, 1983.
- BARNES, David W., *Statistics as Proof: Fundamentals of Quantitative Evidence*. Boston: Little, Brown and Company, 1983.

<sup>53</sup> No sentido do texto, discutindo metodologias estatísticas e sua aplicabilidade aos processos judiciais, ver, por exemplo, AFSHARTOUS, David, "Sample Size Determination for Binomial Proportion Confidence Intervals: An Alternative Perspective Motivated by a Legal Case". In: *The American Statistician*, vol. 62, 2007, p. 27 e ss.; AITKEN, C. C. G.; TARONI, Franco. *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*. 2. Ed. New Jersey: Wiley, 2004; BARNES, David W. *Statistics as Proof: Fundamentals of Quantitative Evidence*. Boston: Little, Brown and Company, 1983; BARNES, David W.; CONLEY, John M. *Statistical Evidence in Litigation: Methodology, Procedure, and Practice*. Boston: Little, Brown and Company, 1986; DOWNTON, F. Legal Probability and Statistics. In: *145 Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 145, 1982, p. 395 e ss.; FIENBERG, Stephen E.; STRAF, Miron. Statistical Evidence in the US Courts: An Appraisal. In: *Journal of the Forensic Science Society*, vol. 31, 1991, p. 259 e ss., entre diversos outros.

\_\_\_\_\_; CONLEY, John M. *Statistical Evidence in Litigation: Methodology, Procedure, and Practice*. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

BRIGHAM, J. C. The accuracy of eyewitness evidence: How do attorneys see it? In: *The Florida Bar Journal*, vol. 55, 1981, p. 714–721.

COLE, Simon. *Suspect Identities: A History of Fingerprinting and Criminal Identification*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven; MARTENS, Todd. The reliability of eyewitness identification. In: *Law and Human Behavior*, vol. 11, nº 3, 1987, p. 233–258.

DOWNTON, F. Legal Probability and Statistics. In: *145 Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 145, 1982, p. 395 e ss.

EDMOND, Gary. *Legal versus scientific approaches to expert evidence (latent fingerprint evidence, for example): Admission, evaluation and legal system performance*. Manuscrito.

\_\_\_\_\_. The 'Science' of Miscarriages of Justice. In: *University of New South Wales Law Journal*, vol. 37, nº 1, 2014, p. 376 e ss.

EYAL Zamir; TEICHMAN, Doron (eds.). *The Oxford Handbook Of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FARLEY, Arthur M.; FREEMAN, Kathleen. Burden of proof in legal argumentation. In: *Proceedings of the 5th international conference on Artificial intelligence and law, 1995*, p. 156-164.

FIENBERG, Stephen E.; STRAF, Miron. Statistical Evidence in the US Courts: An Appraisal. In: *Journal of the Forensic Science Society*, vol. 31, 1991, p. 259 e ss.

FRAZZINI, S. F. Review of eyewitness testimony. In: *The Yale Review*, vol. 70, 1981, p. XVIII-XX.

FREEDMAN, David; PISANI, Robert; PURVES, Roges. *Statistics*. 4. Ed. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

GIGERENZER, G. How to Make Cognitive Illusions Disappear: Beyond "Heuristics and Biases." In: *European Review of Social Psychology*, 2(1), 1991, p. 83–115.

GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (eds.). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

GUTHRIE C., RACHLINSKI JJ, WISTRICH AJ. Blinking on the bench: How judges decide cases. In: *Cornell Law Rev*, vol. 93, 2007, p. 1-43.

HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAY, Bruce; SPIER, Kathryn. Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997 p. 413-431.

JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. In: *Va. L. Rev*, vol. 47, 1961, p. 51 e ss.



JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1471-1550.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul.; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

\_\_\_\_\_; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: KAHNEMAN, Daniel, SLOVIC, Paul., TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

KASSIN, S. M., ELLSWORTH, P. C., SMITH, V. L. The “general acceptance” of psychological research on eyewitness testimony: A survey of the experts. *American Psychologist*, vol. 44, n. 8, 1989, p. 1089-1098.

LALENG, Per. Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd and Willmore v Knowsley Metropolitan Borough Council: A Material Contribution to uncertainty? In: *The Modern Law Review*, vol. 74, 2011, p. 777-793.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LEACH, Amy-May; CUTLER, Brian L.; VAN WALLENDIAEL, Lori. Lineups and Eyewitness Identification. In: *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5, 2009, p. 157-178.

LEMPERT, Richard. The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof. In: TILLERS, Peter; GREEN, Eric (orgs.). *Probability and Inference in the Law of Evidence: Uses and Limits of Bayesianism*. London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 62-102.

LOFTUS, E. F. *Eyewitness testimony*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1979.

MAGNUSSEN, S.; MELINDER, A.; STRIDBECK, U.; RAJA, A. Q. Beliefs about factors affecting the Reliability of eyewitness testimony: A Comparison of judges, jurors and the general public. In: *Appl. Cognit. Psychol.*, vol. 24, 2010, p. 122-133.

MCCAULIFF, C.M.A. Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees. In: *Vand. L. Rev.*, vol. 35, 1982, p. 1239 e ss.

MEMON, Amina; MASTROBERARDINO, Serena; FRASER, Joanne. Münsterberg’s Legacy: What Does Eyewitness Research Tell Us About the Reliability of Eyewitness Testimony? In: *Appl. Cognit. Psychol.* Vol. 22, 2008, p. 841–851.

MÜNSTERBERG, Hugo. *On the witness stand*. New York: Doubleday, Page & Company, 1908.

PANNINGTON, Nancy; HASTIE, Reid. A cognitive theory of juror decision making: the story model. In: *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1991, p. 519 e ss.

PARK, Roger and SAKS, Michael. Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn. In: *Boston College Law Review*, vol. 47, 2005, p. 949–1031.

- PICINALI, Federico. The burdens of proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief. In: *Jurisprudence*, vol. 9, 2018, p. 192-201.
- POULTON, E C. *Behavioral Decision Theory: A New Approach*, New York: Cambridge University Press, 1994.
- RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. In: *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2017, p. 1-44.
- RISINGER, Michael. Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 97, 2007, p. 761 e ss.
- SHIN, Hyun Song. The Burden of Proof in a Game of Persuasion. In: *Journal of Economic Theory*, vol. 64, nº 1, 1994, p. 253-64.
- SIMON, Rita James, and MAHAN, Linda. Quantifying Burdens of Proof: A View from the Bench, the Jury, and the Classroom. In: *Law & Society Review*, vol. 5, no. 3, 1971, p. 319-330.
- STEEL, S. Sienkiewicz v Greif and Exceptional Doctrines of Natural Causation. In: *Journal of European Tort Law*, vol. 2, n. 3, 2011, p. 294-311.
- SUSTEIN, Cass. Behavioral law and economics: a progress report. In: *American Law and Economics Review*, vol. 1, 1999, p. 115-157.
- TEITELBAUM, Joshua C.; ZEILER, Kathryn (eds.). *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2018.
- TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. In: *Harvard Law Review*, Vol. 84, No. 6, 1971, p. 1329-1393.
- WALTON, Douglas N. Burden of Proof. In: *Argumentation* 2, nº 2, 1988, p. 233-54.
- WASSERMAN, David. The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability. In: *Cardozo L. Rev.*, vol. 13, 1992, p. 935 e ss.
- WASSERMAN, Larry. *All of Statistics: A Concise Course in Statistical Inference*. New York: Pittsburgh, Springer, 2003.
- WELLS, Gary L. Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough? In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, nº 5, 1992, p.739-752.
- WHEELAN, Charles. *Naked Statistics: Stripping the Dread from the Data*. New York: W. W. Norton & Company, 2014.
- WISTRICH, Andrew; GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey. Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberating disregard. In: *University of Philadelphia Law Review*, vol. 153, 2005, p. 1251 e ss.
- YAP, Po Jen, Sienkiewicz v Greif: Causation and Risk of Injury. In: *Tort Law Review*, Vol. 19, 2011, p. 61-64.

# A coexistência de absolutas prioridades e o sistema brasileiro de proteção à infância e à juventude

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A base normativa da absoluta prioridade. 3. Significado da absoluta prioridade. Epílogo. Referências bibliográficas.

### 1. Aspectos introdutórios

No direito brasileiro, tanto a ordem constitucional como a infraconstitucional consagram de modo expresso o referencial de *absoluta prioridade*, que deve nortear as relações que a família, a sociedade e o Estado mantêm com certas camadas da população.

O fato de a ordem jurídica assegurar essa prioridade a uma pluralidade de destinatários distintos ainda traz consigo complicadores adicionais, mais especificamente em relação à possibilidade, ou não, de ser estabelecida alguma ordem de preferência entre eles. Se a resposta a esse questionamento não assume grande complexidade quando as prioridades constitucionais são cotejadas com as infraconstitucionais, o mesmo não pode ser dito quando todas estão situadas no mesmo plano normativo. E mesmo entre aquelas, seria desinfluyente a natureza dos direitos envolvidos, de modo que a prioridade constitucional do direito ao lazer, por exemplo, sempre superaria a prioridade infraconstitucional do direito à vida?

Ao atribuímos um sentido à expressão linguística *absoluta prioridade*, seria possível estabelecermos uma segunda ordem de prioridades entre os seus destinatários, de modo que algum deles possa ter preferências sobre os outros em certas políticas públicas? Uma resposta a esse questionamento é simplesmente imprescindível. Afinal, se a redação originária do *caput* do art. 227 da Constituição de 1988 somente consagrava a *absoluta prioridade para crianças e adolescentes*, a Emenda Constitucional nº 65/2010 inseriu os *jovens* sob o mesmo manto protetor. Todos devem receber a atenção do Estado. Não há dúvidas a esse respeito. Apesar disso, seria possível estabelecer uma ordem de prioridade entre eles, considerando as distintas fases do seu desenvolvimento biológico? A resposta a esse questionamento influirá,

---

\* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

por exemplo, na decisão pela constitucionalidade, ou não, da Lei nº 13.257/2016, que atribuiu prioridade para as políticas públicas da primeira infância.

Para a compreensão dessa temática, direcionaremos nossa breve análise ao modo como a nossa ordem jurídica contemplou a *absoluta prioridade*, bem como aos incidentes argumentativos a serem superados pelo intérprete para o delineamento do seu conteúdo. Por fim, será possível identificar se estamos perante uma norma que sempre terá estrutura principiológica, o que permite compressões ou expansões conforme a natureza dos bens jurídicos colidentes, ou se poderá ensejar o surgimento de posições definitivas, a exemplo do que se verifica com as regras.

## 2. A base normativa da absoluta prioridade

A Lei nº 8.069/1990, ao veicular o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pode ser vista como um verdadeiro diploma de emancipação de nossas crianças e adolescentes. Não, obviamente, no sentido preferido pelos civilistas. Afinal, ainda não é nesse momento de sua vida que o ser humano adquire a plena capacidade jurídica para praticar os atos da vida civil. A emancipação aqui referida diz respeito ao rompimento do modo como eram vistos e tratados pela legislação. Para dizermos o mínimo, basta observar que, até então, os diplomas normativos especificamente direcionados a essa camada da população, o Decreto nº 17.943-A/1927 e, muitos anos depois, a Lei nº 6.697/1979, davam mais ênfase à situação irregular eventualmente vivenciada, bem como aos eventuais objetivos punitivos, que à necessidade de proteção integral.

A base de valores que permitiu o florescer do ECA foi fruto de longa maturação em nosso processo civilizatório, certamente tardia ao lembrarmos que ainda somos um País em via de desenvolvimento. O auge dessa maturação foi estampado na Constituição de 1988, ápice do sistema normativo e que promoveu diversos avanços nas relações do Estado com a pessoa humana, em especial com crianças e adolescentes, os quais, pela primeira vez em nossa história, foram aquinhoados com um capítulo específico, passando a ser vistos como verdadeiros titulares de direitos e deveres.

A ordem constitucional, em seu art. 227, a exemplo do que fez em relação à generalidade dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no território nacional, assegurou a crianças e adolescentes os direitos mais basilares à espécie humana, além de direitos específicos, condizentes com o seu estágio de desenvolvimento. Apesar desses comandos, que bem sintetizam a plasticidade de nossa ordem jurídica e o abismo que há entre ela e a realidade, não sendo exagero identificar a existência de uma certa “insinceridade normativa”, um aspecto chama particular atenção. Trata-se da expressão *absoluta prioridade*,<sup>1</sup> objeto de nossas reflexões e utilizada no *caput* do art.

<sup>1</sup> A expressão *absoluta prioridade* é mais incisiva que o *interesse superior* a que se referem diversos atos de direito internacional, a exemplo da Convenção Internacional para os Direitos da Criança e do Adolescente (art. 2º, 1), de 1989, promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 99.710/1990, e da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente (Princípios II e VII), de 1959.

227 para indicar a forma como a família, a sociedade e o Estado deveriam assegurar à criança e ao adolescente “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O ECA, editado pouco menos de dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, além de reconhecer a *absoluta prioridade* em seu 4º artigo, ainda detalhou o seu raio de abrangência no parágrafo único desse preceito, compreendendo nessa garantia: “a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”. Também fez menção a ela no art. 100, parágrafo único, II.

A análise das normas legais denota que à *absoluta prioridade* foi atribuída uma amplitude simplesmente desconcertante. Foi enunciada, em primeiro lugar, a preferência no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, ações que assumem contornos preventivos e corretivos em relação à miríade de direitos a que crianças e adolescentes fazem jus. Também foi assegurada a preferência nos serviços públicos ou de relevância pública e nas políticas *sociais* públicas, nítida referência aos direitos prestacionais do art. 6º da Constituição de 1988, bem como na destinação de recursos públicos.

Apesar da previsão normativa, é factível que a prioridade preconizada no texto constitucional ainda está longe de integrar a realidade da Administração Pública. Esse aspecto torna-se bem perceptível ao lançarmos nossos olhos sobre alguns serviços específicos ofertados pelo Estado, a exemplo da saúde e da educação, que estão longe de alcançar padrões mínimos de qualidade. O quadro se torna ainda mais dramático ao constatarmos que a absoluta prioridade preconizada pela ordem constitucional parece não ter sido bem compreendida pelo Poder Legislativo.

A Emenda Constitucional nº 65/2010 inseriu o significativo *jovem* no *caput* do art. 227, o que automaticamente o tornou destinatário da *absoluta prioridade* e dos direitos ali previstos. Além disso, também inseriu um § 8º nesse preceito, dispondo, em seu inciso I, que a lei estabelecerá o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens. Duas conclusões podem ser desde logo alcançadas.

A primeira conclusão é a de que a reforma constitucional, ao menos no plano semântico, nivelou a *absoluta prioridade* de crianças, adolescentes e jovens, embora seja inegável que os dois primeiros, pela maior debilidade que ostentam e por ainda estarem no limiar do processo formativo de sua individualidade, carecem de uma atenção diferenciada do Estado, isso quando cotejados com indivíduos de idade mais avançada. Aliás, não tardou para que isso fosse percebido.

A Lei nº 13.257/2016, que dispôs sobre as políticas públicas para a primeira infância, estatuiu, em seu art. 3º, que a *absoluta prioridade* dos direitos da criança, do

adolescente e do jovem implica o dever de o Estado estabelecer políticas, planos, programas e serviços que atendam às especificidades das crianças que se encontram nos 6 primeiros anos de vida, visando a garantir o seu desenvolvimento integral. É evidente, aliás, que a proteção diferenciada do ser humano nessa faixa etária é simplesmente essencial. Esse diploma normativo também acresceu um parágrafo segundo ao art. 13 do ECA, para determinar que as estruturas estatais de poder confirmam máxima prioridade ao atendimento de crianças nessa faixa etária, com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de invocar a *absoluta prioridade* da criança para vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, a partir da existência da gravidez, independente do seu conhecimento pelo empregador;<sup>2</sup> e para substituir a prisão preventiva pela domiciliar de gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes.<sup>3</sup> Neste último caso, o benefício não foi assegurado às mães dos adolescentes e jovens, embora sejam igualmente alcançados pela *absoluta prioridade* constitucional.

A segunda conclusão decorre da assertiva de que uma lei específica regularia os direitos dos jovens, o que trouxe consigo a indefectível sensação de que os direitos que lhes são assegurados pela ordem constitucional assumiriam contornos meramente programáticos. Não se ignora, é certo, que também os direitos de crianças e adolescentes devem ser regulamentados pela legislação infraconstitucional, o que não obstou que recebessem, em algumas ocasiões, maior detalhamento da própria ordem constitucional, tornando possível a sua imediata exigibilidade, a exemplo do "*direito público subjetivo*" à educação básica, consagrado no § 1º do art. 208, com o relevante acréscimo de ser este o único momento em que a vistosa expressão foi empregada pela Constituição de 1988, e isto no sentido próprio do direito privado.

Em alguns poucos casos, a ordem constitucional avançou no detalhamento dos direitos e, em sua grande maioria, a regulamentação foi estabelecida pelo ECA. Apesar disso, em muitas ocasiões, os direitos enunciados no *caput* do art. 227 tiveram a sua eficácia integrada pela cláusula da dignidade da pessoa humana, preconizada no *caput* do art. 1º e igualmente contemplada no próprio art. 227 da Constituição de 1988. Com isso, foi possível a sua exigibilidade imediata.

A partir dessas constatações de ordem preliminar, observa-se que a Lei nº 12.852/2013 veiculou o Estatuto da Juventude (EJ) e classificou como jovens as pessoas com idade entre 15 e 29 anos, mas apressou-se em excluir do seu alcance os adolescentes, aos quais seria aplicado o ECA. Com isso, somente sendo alcançados pelo EJ naquilo que não conflitasse com as normas de proteção integral. Contrariamente ao que fez o ECA, o EJ não dedicou uma linha sequer à forma como a *absoluta prioridade* dessa camada da população seria assegurada, possivelmente na ingênua suposição

<sup>2</sup> Pleno, Tema nº 497RE nº 629.053/SP, rel. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. em 1/10/2018, DJe de 27/02/2019.

<sup>3</sup> 2ª Turma, HC nº 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/02/2018, DJe de 09/10/2018.

de que a omissão seria a solução do problema. Afinal, o que seria de uma ordem constitucional (no Brasil, é importante frisar) sem a lei?

Talvez impressionado com a plasticidade do enunciado linguístico *absoluta prioridade*, o legislador, em momento anterior, já o empregara com riqueza de detalhes na Lei nº 10.741/2003, que veiculou o Estatuto do Idoso. De acordo com o art. 3º, *caput*, desse diploma normativo, são assegurados aos idosos, “*com absoluta prioridade*”, os mesmos direitos que o *caput* do art. 227 assegurava, à época, às crianças e aos adolescentes. Mais interessante ainda foi o alcance atribuído a essa prioridade pelo § 1º do art. 3º, *verbis*: “*I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda*”. Não é preciso ressaltar a similitude dos incisos I a III do art. 3º com as alíneas *b* a *d* do parágrafo único do art. 4º do ECA.

Como nada é tão ruim que não possa piorar, ainda nos deparamos com a concentração de competências em um mesmo órgão jurisdicional, a exemplo do que se verifica no Rio de Janeiro, para apreciar as causas afetas, de um lado, a crianças e adolescentes, e, do outro, aos idosos, com base, respectivamente, nas Leis nº 8.069/1990 e nº 10.741/2003. Ora, como é possível compatibilizar a *absoluta prioridade* de ambos? A resposta é simples: não é. Na medida em que a prioridade dos idosos é atribuída pela lei, ela não poderia afastar, em linha de princípio, a prioridade constitucional de crianças e adolescentes, resultando, dessa espécie de organização judiciária, uma afronta expressa ao art. 71, *caput*, da Lei nº 10.741/2003, que assegura “*prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância*”.

Ainda que o quantitativo de idosos esteja passando por um exponencial crescimento, tendendo a superar, na década de trinta do século XXI, o quantitativo de crianças e adolescentes de 0 a 14 anos, a *absoluta prioridade*, até que sobrevenha uma reforma constitucional, continuará a ser dos últimos<sup>4</sup>.

Portanto, o que temos na fecunda realidade brasileira é (a) a previsão constitucional de *absoluta prioridade* para crianças, adolescentes e jovens; (b) a previsão

<sup>4</sup> *Vide*: IBGE – Proteção da População (revisão 2018).

exclusivamente legal de *absoluta prioridade* para os idosos; e (c) o detalhamento legal dessa prioridade apenas para crianças, adolescentes e idosos, não para jovens.

À luz desse quadro, observa-se, inicialmente, que a *absoluta prioridade* a que se refere o *caput* do art. 227 não carecia da regulamentação promovida pelo parágrafo único do art. 4º do ECA para que se tornasse eficaz e pudesse alcançar a realidade. Essa conclusão é facilmente obtida a partir da análise de como a matéria foi tratada. Observa-se que o comando constitucional dispõe sobre a necessidade de a família, a sociedade e o Estado assegurarem, a crianças, adolescentes e jovens, diversos direitos; a maioria desses direitos têm natureza prestacional e é extensiva à generalidade das pessoas sujeitas às leis brasileiras; apesar de todos terem esses direitos, a sua implementação deve se dar com *absoluta prioridade* em relação a certas pessoas. Para que essa prioridade alcance a realidade, soa evidente que crianças, adolescentes e jovens devem ter primazia nas políticas, serviços e nos recursos públicos.

O parágrafo único do art. 4º do ECA apresenta uma funcionalidade nitidamente pedagógica para as maiorias ocasionais, isso em razão do risco, mais que justificável, é importante frisar, de que essas maiorias não sejam capazes de deduzir no que consistiria uma *absoluta prioridade* ou desejem simplesmente ignorá-la. Esse “esclarecimento legal” resulta em algo parecido com a menção a um “círculo absolutamente redondo”. Afinal, se no plano semântico o significante *prioridade* aponta para o que está em primeiro lugar em importância e necessidade, a *absoluta prioridade* indicaria uma primazia que não pode ser afastada em hipótese alguma, por mais nobre que seja a justificativa, já que absoluto é o que não admite condicionamentos ou limites.

Se o detalhamento da absoluta prioridade pelo ECA não era essencial, a omissão desse detalhamento no âmbito do EJ também não tem o condão de retirar do seu alcance os jovens.

A partir dessa visão básica da disciplina normativa da absoluta prioridade, cumpre avançar nos incidentes argumentativos e decisórios a serem superados pelo intérprete para a sua projeção na realidade. Com isso, será possível identificar o significado que lhe deve ser atribuído e, como antecipamos, a possibilidade de, sob o prisma constitucional, termos uma ordem de prioridade entre crianças, adolescentes e jovens. Ou, ainda, sobre a possibilidade de outros direitos, pela sua relevância para a própria continuidade da espécie humana, antecederem a implementação de direitos afetos àquela camada da população que não ostentem relevância similar, a exemplo da já referida tensão dialética entre vida e lazer.

### 3. Significado da absoluta prioridade

O texto normativo é editado para se prostrar no tempo, enquanto a norma que dele se origina pode passar por sucessivas mutações com o passar do tempo. Isso ocorre justamente porque a norma é o resultado de um processo intelectual conduzido pelo intérprete, que promove a interação entre texto e realidade, desenvolvendo, nesse percurso, uma atividade argumentativa e decisória.



Após individualizar a norma potencialmente incidente no caso concreto, o intérprete desenvolverá a mesma atividade em relação a outras normas que também podem desempenhar esse papel. Identificadas as normas passíveis de serem utilizadas, o intérprete deve resolver o respectivo conflito, de modo a alcançar a norma de decisão. Texto normativo, norma jurídica e norma de decisão ocupam planos independentes e sequenciais entre si.

Para transitar do texto normativo para a norma jurídica, o intérprete terá que proferir uma série de decisões, visando a atribuir um significado ao significante interpretado. Assim ocorre porque o intérprete deve resolver as conflitualidades intrínsecas que se apresentam, as quais nada mais são que a oposição de grandezas argumentativamente relevantes, identificadas no curso do processo de interpretação e que podem influir na identificação de uma pluralidade de significados reconduzíveis ao mesmo enunciado linguístico. Essas grandezas surgem a partir da interação entre texto e contexto e retratam as peculiaridades da linguagem, os valores concorrentes, os fins que devem ser alcançados pela futura norma e o modo de operacionalizá-la na realidade. Após a conclusão dessa atividade interpretativa, será possível identificar a natureza da norma jurídica individualizada pelo intérprete, se regra ou princípio.

Caso o intérprete individualize uma única norma jurídica, ela se identificará com a norma de decisão que solucionará o caso concreto. Quando se depare com a possibilidade de duas ou mais normas jurídicas, obtidas a partir da interpretação de uma pluralidade de enunciados linguísticos, incidirem no caso concreto, será necessário resolver uma situação de conflitualidade extrínseca (*rectius*: antinomia). Somente após resolver o conflito entre normas, será alcançada a norma de decisão.

Com os olhos voltados ao significante *absoluta prioridade*, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição de 1988 e parcialmente reproduzido no art. 4º, *caput*, do ECA, observa-se que ele qualifica a forma como diversos direitos, a maioria de natureza prestacional, devem ser ofertados, pela família, pela sociedade e pelo Estado, a crianças, adolescentes e jovens. No plano da análise sintática, estamos perante uma locução adverbial de modo, indicando que algo deve ser feito com primazia, o que estabelece uma posição de preferência sobre todos os outros que podem fruir esses direitos. Como essa preferência é absoluta, ela não pode sofrer condicionantes ou limitações de qualquer natureza, o que seria um complicador para se atribuir natureza principiológica a esse comando. Afinal, os princípios são caracterizados por ensejarem o surgimento de posições jurídicas *prima facie*, não de posições definitivas. Portanto, devem ser compatibilizados com outros princípios do sistema, podendo expandir-se ou contrair-se conforme as peculiaridades do caso concreto. O referido complicador, no entanto, é mais aparente que real.

A exemplo do que se verifica no plano linguístico, em que não há maior espaço argumentativo para se atribuir significado diverso à referida locução adverbial, no plano axiológico ocorre o mesmo. No atual estágio civilizatório da sociedade internacional, em que se multiplicam as convenções visando à proteção dessa camada da população, ao que se soma o modo como a sociedade brasileira e os poderes constituídos têm

compreendido a sua relevância para o desenvolvimento nacional, não parecem existir valores contrapostos que almejem deslocar essa hegemonia para outros destinatários. Ainda que os idosos tenham merecido a devida atenção, o fato de a ordem constitucional, em seus arts. 229 e 230, ter omitido qualquer referência à prioridade no seu atendimento, o que, como vimos, somente veio a ocorrer no plano infraconstitucional, não compromete o reconhecimento da importância de crianças, adolescentes e jovens como destinatários de políticas, serviços e recursos públicos, não só para a higidez de sua formação pessoal como para a garantia do futuro do País.

No plano teleológico, que aponta para os fins a serem alcançados pela norma que o intérprete pretende individualizar, observa-se que a locução *absoluta prioridade*, além de estar associada a destinatários específicos, instrumentaliza cada um dos direitos referidos no art. 227. Esse aspecto exige atenção redobrada. Assim ocorre porque o preceito constitucional enuncia direitos bem variados, alguns relacionados à preservação da própria (a) existência de crianças, adolescentes e jovens, a exemplo da vida, da saúde e da alimentação; outros associados ao (b) equilibrado desenvolvimento da vida, como a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária e a ausência de influências externas que os aviltem; e ainda há aqueles relacionados ao (c) pleno desenvolvimento da vida e da personalidade individual, a exemplo da educação, do lazer, da profissionalização e da cultura.

Caso esses direitos, para os fins da *absoluta prioridade*, sejam vistos de maneira monolítica, de modo que formem uma unidade existencial, ter-se-ia de concluir, por via reflexa, que o restante da população somente poderia ter um desses direitos reconhecidos caso crianças, adolescentes e jovens os tivessem fruído em momento anterior. Ocorre que esse raciocínio poderia conduzir a conclusões inusitadas, a exemplo da negação do direito à existência de um adulto, deixando de oferecer-lhe saúde e alimentação, direitos sociais assegurados a todos pelo art. 6º da Constituição de 1988 e indiscutivelmente alcançados pela cláusula da dignidade da pessoa humana, amparada pelo art. 1º, III, pelo só fato de crianças, adolescentes e jovens não estarem usufruindo do direito ao lazer. Para que conclusões dessa natureza sejam evitadas, parece adequado visualizar a *absoluta prioridade* recorrendo à propriedade matemática da distributividade.

Se a absoluta prioridade for retratada pela variável  $x$  e cada direito, sequencialmente, pelas variáveis  $I, II, III, IV$  etc., essa propriedade nos permite alcançar  $x.I, x.II, x.III, x.IV$  etc. Com isso,  $x.I$  reflete um direito amparado pela absoluta prioridade, enquanto  $I$  reflete o mesmo direito sem essa qualificação, o que confere àquele prioridade sobre este. Para que possamos comparar direitos distintos, sob o prisma da generalidade das pessoas de um lado e, do outro, de crianças, adolescentes e jovens, teremos que compreendê-los ao menos sob a ótica de um dos grupos acima referidos, vale dizer, (a), (b) e (c). Essa compartimentação faz-se necessária principalmente em razão das dificuldades econômicas enfrentadas para que os inúmeros direitos de estatura constitucional alcancem níveis mínimos de efetividade.

O fim a ser alcançado pela *absoluta prioridade* não é o de sedimentar o absurdo, mas o de impor que, na escolha entre direitos de idêntica ou de similar natureza, afetos a adultos, designativo que utilizamos à falta de outro melhor, e crianças, adolescentes e jovens, estes últimos tenham sempre preferência. E, entre os adultos, os idosos terão primazia, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 10.741/2003. A não ser assim, correr-se-á o risco de restar aviltado um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Por razões similares, também deve ser estabelecido um escalonamento entre as *absolutas prioridades* de crianças, adolescentes e jovens. Isto decorre da constatação de que o fim almejado é o de conferir-lhes uma proteção integral, de modo a assegurar a sua existência e o pleno e saudável desenvolvimento de sua vida. Esses objetivos serão alcançados a partir das necessidades afetas a cada uma dessas classes, as quais tendem a apresentar variações conforme as fases do desenvolvimento biológico do ser humano. À guisa de ilustração, podemos pensar no direito à saúde. Nesse caso, sob uma perspectiva preventiva, não obviamente sob a ótica do tratamento de graves patologias já estabelecidas, poderíamos afirmar que as necessidades de uma criança têm o nível 3, as de um adolescente o nível 2 e as de um jovem, o nível 1. Portanto, é plenamente defensável que as políticas públicas da área sejam prioritariamente direcionadas a essas classes em ordem decrescente, o que nos permite afirmar que a Lei nº 13.257/2016, ao atribuir primazia para as políticas públicas da primeira infância, é plenamente compatível com a Constituição da República. O mesmo raciocínio há de ser seguido em relação à generalidade dos direitos, evitando a realização de escolhas arbitrárias e sem lastro constitucional.

Após constatarmos que a *absoluta prioridade* deve ser compreendida de modo agregado a cada direito reconhecido à respectiva camada da população, pois uma locução adverbial não traz consigo, sozinha, a completude de um significado normativo, será preciso avançar e identificar como a respectiva norma se tornará operativa na realidade. Tratando-se dos clássicos direitos de defesa, que asseguram ao indivíduo uma esfera jurídica imune à intervenção estatal, não há maiores dúvidas de que estamos perante direitos subjetivos, o que aponta para a sua imediata exigibilidade. No que diz respeito aos direitos prestacionais, em rigor lógico, somente darão ensejo ao surgimento de verdadeiros direitos subjetivos, exigíveis, portanto, caso tenham os seus lineamentos básicos traçados pela ordem jurídica, constitucional ou infraconstitucional. Do contrário, tendem a assumir contornos de diretrizes políticas, já presentes na elaboração das políticas públicas nessa seara, sendo enquadradas na categoria das normas programáticas, que podem ser divididas em normas de programação final e condicionada. Como dissemos, é perfeitamente defensável a tese de que normas programáticas, consagradoras de “direitos” não exigíveis, podem ter a sua eficácia integrada pela cláusula da dignidade da pessoa humana, possibilidade robustecida ao lembrarmos que estamos perante uma situação de *absoluta prioridade*.

## Epílogo

Ao compreendermos que a absoluta prioridade deve ser analisada na perspectiva de cada direito de *per se*, não de modo isolado, já que uma locução adverbial, desacompanhada do respectivo substantivo, não poderá veicular sentidos normativos, podemos concluir que a sua eficácia (*rectius*: do direito ao qual a absoluta prioridade está vinculada) pode se expandir ou retrair conforme os direitos concorrentes, quer sejam titularizados, ou não, por crianças, adolescentes e jovens.

No cotejo entre direitos de idêntica ou similar natureza, a primazia será de crianças, adolescentes e jovens. No interior deste grupo, ainda será preciso identificar a natureza dos respectivos direitos, considerando o vetor da proteção integral e os diferentes níveis de desenvolvimento biológico de cada uma dessas classes. Com isso, alcançaremos um escalonamento entre as necessidades a serem satisfeitas, com a consequente definição de uma escala de prioridades.

## Referências bibliográficas

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 65-78.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.

CHAVES. Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição de genitora de nacionalidade estrangeira. In: *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 167-187.

GARCIA, Emerson. As conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *30 Anos da Constituição de 1988*. Uma Jornada Democrática Inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 173-195.

\_\_\_\_\_. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar. In: *AASP: Revista do Advogado*, nº 62, março de 2001. p. 72-83.

ZAPATER, Maira. *Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

# Divulgação de lista de visitantes a detento e direito à privacidade e intimidade: critérios para ponderação com os direitos fundamentais à liberdade de informação e de imprensa

Flávio de Araújo Willeman\*

Rodrigo Vieira Farias\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. O preso e a relação especial de sujeição com a Administração Pública. 3. A legitimidade da divulgação da lista de visitantes de detento. 3.1. Noções gerais. 3.2. A prevalência do direito à informação e da liberdade de imprensa. Legitimidade da divulgação da lista de visitantes. 3.2.1. A liberdade de imprensa como direito fundamental de prevalência. Reparação *a posteriori* de eventuais danos decorrentes de abuso no exercício direito. 3.2.2. Parâmetros necessários para a divulgação da lista de detentos. Indispensabilidade de proteção de dados pessoais sensíveis do visitante. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

No artigo, busca-se discutir a aparente colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade com a liberdade de informação e de imprensa, decorrentes da divulgação da lista de visitantes de presidiários. Busca-se traçar critérios para ponderação dos direitos fundamentais incidentes no caso para, ao final, concluir pela juridicidade da publicização da informação, desde que respeitados certos parâmetros.

## Abstract

*In the article, we seek to discuss the apparent collision between the fundamental rights to privacy and intimacy with freedom of information and the press, arising from the disclosure of the list of prisoners' visitors. It seeks to outline criteria for weighing the fundamental rights in the case in order, in the end, to conclude by the legality of the publication of information, provided that certain parameters are respected.*

\* Doutorando em Direito, Instituições e Negócios na Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAP.

\*\* Pós-graduando em Direito e Advocacia Pública pela UERJ. Residente jurídico na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

**Palavras-chave:** Liberdade de imprensa. Direito à privacidade. Direito à intimidade. Sistema prisional. Divulgação de lista de visitantes. Ponderação. Direitos fundamentais.

**Keywords:** *Freedom of the press. Right to privacy. Right to intimacy. Prison system. Dissemination of the list of visitors. Weighting. Fundamental rights.*

## 1. Introdução

Nos últimos anos o sistema penitenciário ganhou as manchetes do noticiário e a atenção de especialistas como talvez nunca antes visto. Impactado, de certa forma, pelo encarceramento de personalidades conhecidas no cenário político no âmbito da Operação Lava Jato, temas como superlotação de unidades prisionais, concessão de benesses em favor de detentos que sejam figuras públicas, soltura de detentos (sobretudo os idosos com mais de 60 anos de idade<sup>1</sup>) para evitar disseminação da pandemia do “coronavírus”, entre outros, viram sobre si holofotes oriundos de inúmeras direções.

Um dos pontos de análise, pela literatura, foi a questão atinente às visitas em presídios. Nesta linha, *e.g.*, os limites ao exercício do direito do detento de se consultar com seu advogado, a legitimidade de condicionamento e restrição a visitas íntimas para prevenção do contágio por doenças sexualmente transmissíveis<sup>2</sup>, a própria subsistência ou não do direito à visita íntima, e outros, foram objeto de estudo.

No presente trabalho, conexo ao tema das visitas (embora não diretamente relacionado ao desenvolvimento do assunto), buscar-se-á demonstrar a possibilidade e os limites da divulgação das listas de visitantes de detentos, uma vez solicitado o acesso a este dado com base no direito de acesso à informação e, em sendo destinado ao exercício da atividade jornalística, lastreado na liberdade de imprensa, direitos fundamentais constantes do artigo 5º, incisos IX e XIV, e do artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988.

O ponto central do estudo será a análise da colisão possível e aparente destes direitos fundamentais com o direito fundamental à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X, da mesma Constituição Federal de 1988, de titularidade do detento, e o resultado da ponderação na aplicação destes direitos fundamentais.

<sup>1</sup> <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/26/justica-manda-eduardo-cunha-para-prisao-domiciliar-por-risco-de-coronavirus.htm> - acessado em: 27-03-2020.

<sup>2</sup> Sobre o tema, ver o nosso artigo WILLEMAN, Flávio de Araújo. Visita íntima a detentos em presídios – possibilidade de condicionamentos e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. In: *Temas de Direito Público* (estudos de Direito Constitucional e Administrativo). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, p. 227-250.

## 2. O preso e a relação especial de sujeição com a administração pública

O problema posto para análise cuida da colisão possível e aparente entre quatro direitos fundamentais, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos IX, X, XIV e XXXIII<sup>3</sup>, e no artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>: de um lado, a intimidade do custodiado e, de outro, a liberdade de informação do cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto à Administração Pública e, ainda, a liberdade de imprensa.

É importante destacar, de início, uma premissa relevante para a conclusão a ser apresentada ao final: o preso, por estar custodiado em cadeia pública, encontra-se em uma *relação especial de sujeição* para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, atuação limitadora ou condicionadora de seus direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, ao tratar da possibilidade de condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais de pessoas que se encontram em *relação especial de sujeição* para com o Estado:

Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado *estatuto geral dos cidadãos*. Mas há outras pessoas colocadas numa situação especial geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão com o tal. Referimo-nos às chamadas *relações especiais, tradicionalmente designadas de relações especiais de poder (ou até estatutos de sujeição)*. Como exemplos, referem-se as situações dos funcionários públicos, dos militares e *dos presos*.

Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr. art. 270), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais (*princípio da exigibilidade*).

(...)

<sup>3</sup> “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:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

<sup>4</sup> 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.

Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática e de ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como "referência" instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr. art. 269, para função pública, e art. 275 para as Forças Armadas, e Acs do TC 31/84, 75/85 e 103/87).

Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais*) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar, pelo menos, pressuposto). (...) <sup>5</sup> (Grifei.)

Também devem ser transcritas as lições de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO acerca da possibilidade de se restringir o exercício de direito nas *relações especiais de sujeição*:

*Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos poderes públicos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nestes casos uma duradoura inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. "A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela". (Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Madrid: Tecnos, 2001, p.159).*

<sup>5</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Portugal: Almedina, 1999, p. 436-437.



*Notam-se exemplos de relações especiais de sujeição no regime jurídico peculiar que o Estado mantém com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internados em estabelecimentos públicos ou com estudantes em escola pública. O conjunto de circunstâncias singulares em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais. Há “específica condição subjetiva [desses sujeitos] é fonte de limitações” (Ana Aba Catoira, ob. cit, p. 162).*

(...)

O estatuto dessas relações especiais de poder deve ter fundamento na Constituição, admitindo-se a ordenação específica de alguns direitos, quando necessária para o atingimento dos fins constitucionais que justificam essas relações. A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Não se pode partir do pressuposto de que, nos casos de inclusão voluntária nestes estatutos, o indivíduo tenha renunciado aos direitos fundamentais (que são irrenunciáveis em bloco). A limitação aos direitos se torna admissível quando se construir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações hão de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.<sup>6</sup> (Grifei.)

A orientação da jurisprudência, ainda que de maneira tímida, reconhece a *relação especial de sujeição* a que se encontra o preso, a justificar o condicionamento ou restrição de direitos fundamentais de sua titularidade por razões juridicamente relevantes, em especial, com vistas a resguardar a segurança do estabelecimento prisional e da sociedade. Basta ver, nesta linha de argumentação, o reconhecimento da recepção do artigo 41, inciso XV e Parágrafo Único da Lei de Execuções Penais<sup>7</sup> (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984) pela Constituição Federal de 1988, os quais preveem a possibilidade de acesso, pela autoridade penitenciária, ao conteúdo de cartas enviadas ou recebidas por detentos. Neste sentido, confira-se a posição do Supremo Tribunal Federal:

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325-326.

<sup>7</sup> Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

[...]

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

**HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. [...] – A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus*. (HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em: 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-00176-01 PP-01136) (Grifei.)**

Partindo-se desta premissa, qual seja, a de que o preso se encontra sob *relação especial de sujeição* para com o Estado, o que legitima a aposição de condicionamentos e de restrições ao exercício de direitos fundamentais, estuda-se a possibilidade jurídica de ser disponibilizada lista de pessoas que visitaram determinado detento, em nome dos direitos fundamentais de acesso à informação e da liberdade de imprensa, em se tratando de requerente que exerce atividade jornalística.

### 3. A legitimidade da divulgação da lista de visitantes de detento

#### 3.1. Noções gerais

Como antes referido, há, na hipótese, colisão possível e aparente entre quatro direitos fundamentais previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos X, XIV e XXXIII, e no artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988: de um lado, a intimidade do custodiado e, de outro, a liberdade de informação do cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto à Administração Pública, e a liberdade de imprensa.

Não compartilhamos da posição jurídica que sustenta a impossibilidade de restrição dos direitos fundamentais, devendo ser interpretados extensivamente, não sendo passíveis de serem ponderados com outros princípios/valores constitucionais<sup>8</sup>. Doutrina e jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, conforme

<sup>8</sup> WILLEMAN, Flávio de Araújo. Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 67, jan./mar. 2018, p. 117-136.

assevera DANIEL SARMENTO<sup>9</sup>, admitem a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, por meio de ponderações de interesses feitas pelo Poder Judiciário e, em algumas situações, até mesmo pela Administração Pública, como parece ser a hipótese sob análise. Impossível, porém, aniquilar o direito fundamental como um todo; necessário achar o ponto ótimo ou os “limites dos limites”<sup>10</sup>.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 tratou das limitações de direitos do preso:

Art. 5º (...)

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) *suspensão ou interdição de direitos*.

A suspensão ou restrição ao direito de liberdade do condenado pela prática de ilícito penal está, portanto, prevista na própria Constituição Federal de 1988, que permite, ainda, que a lei, ao regular a individualização da pena, adote outras medidas, como a *suspensão ou interdição de direitos*.

Quando a CRFB/88, no art. 5º, inciso XLVI, alínea “e”, permite que a lei adote a “suspensão ou interdição de direitos”, não dispõe sobre o conteúdo ou limite desta medida punitiva. Não estão previstas na Constituição todas as restrições aos direitos do preso; tal atividade foi delegada à lei (CPP ou leis esparsas) e, por consequência lógica, à autoridade pública (judiciária ou não) a quem incumbe interpretá-la.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais* – Estudos de Direito Constitucional. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Ibid.* p. 70. Relevantes as observações de Américo Bedê Júnior: “A privacidade deve ser prestigiada pelo operador do direito, o direito de estar só é protegido, mas desde que não haja um motivo ilegítimo para e estar só. Não se pode distorcer, com ameaças características de regimes totalitários, a compressão de que não só a propriedade tem que cumprir sua função social, mas de que o direito à intimidade também tem que ter uma função social. Ninguém defenderia que qualquer cidadão tem o direito de construir bombas em sua residência ou planejar um ataque terrorista. Não há um único modo de vida legítimo, vivemos a era multicultural, mas isso não significa uma intimidade absoluta, pelo contrário, reforça a necessidade de compreender que o alcance do direito individual é finito, uma vez que é preciso equacioná-lo com o respeito aos direitos fundamentais dos outros cidadãos e aos deveres do Estado, dentre os quais se destaca o de segurança.” BEDÊ JÚNIOR. Américo. *A RETÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE*. A validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 76.

Entendemos, por isso, que no caso em análise, valendo-nos da técnica de ponderação de valores constitucionais<sup>11</sup>, a liberdade de informação do cidadão, assim como a liberdade de imprensa, se realizada a solicitação para o exercício deste direito fundamental, devem prevalecer, justificando a disponibilização da lista de visitantes do detento. Explica-se.

### **3.2. A prevalência do direito à informação e da liberdade de imprensa. Legitimidade da divulgação da lista de visitantes**

O preso<sup>12</sup> encontra-se sob relação especial de sujeição, eis que segregado da sociedade em razão de decreto judicial e sob custódia do Estado. Desta forma, a imposição de condicionamentos específicos ao exercício de direitos fundamentais de sua titularidade se mostra legítima, desde que respeitada a proporcionalidade da medida imposta e justificada a limitação a partir de argumentação fundamentada em valor constitucional.

A prisão não pode restringir em grau máximo direitos fundamentais do detento que não a liberdade ambulatorial e demais atingidos pela sentença ou pela lei, como se extrai de interpretação sistemática do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, no plano infraconstitucional, do artigo 3º da Lei de Execução Penal<sup>13</sup> (Lei Federal nº 7.210 de 11 de julho de 1984). Porém, o exercício de seus direitos fundamentais pode vir a sofrer limitações em razão de sua condição, sendo indispensável a motivação em outro valor constitucional.

É o que se passa com o direito fundamental à intimidade do detento na hipótese sob exame, o qual não prepondera em juízo de ponderação de valores constitucionais com a liberdade de informação e de acesso a informações de interesse coletivo, assim como a liberdade de imprensa.

Não há razões jurídicas (genericamente considerados os fatos) para justificar o anonimato das pessoas que visitam detentos em prisões ou dos próprios custodiados. A sociedade, salvo comprovada razão de segurança nacional, tem o direito de ser informada sobre pessoas que visitam detentos custodiados pelo

<sup>11</sup> Resumindo as valiosas lições do Professor e Ministro Luis Roberto Barroso, a técnica da ponderação perpassa por três etapas, sendo a última a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) para a decisão do caso concreto. Confira-se: “É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a *apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa* e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento das demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*.” (BARROSO. Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 335-336).

<sup>12</sup> Utiliza-se a expressão “preso” como gênero, englobando todo e qualquer indivíduo que se encontre privado de sua liberdade ambulatorial em razão de decreto judicial.

<sup>13</sup> Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Estado, notadamente, se tal informação se revela útil ao interesse público e para embasar escolhas democráticas previstas na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais, notadamente pleitos eleitorais.

Não se deve perder de perspectiva que a Constituição Federal de 1988 conferiu importância significativa ao *direito à informação*, tanto que lhe outorgou natureza jurídica de *direito fundamental* em seu artigo 5º, inciso XIV. Há, ainda, disposições constitucionais outras prevendo a publicidade das informações como regra e seu sigilo como exceção (e.g., artigo 37, *caput* e §3º, inciso II<sup>14</sup>, da CRFB/88). Confira-se, a respeito, as lições de EDUARDO CAMBI, ao comentar o princípio da publicidade, constante do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

Pelo princípio da publicidade, todo o proceder da Administração Pública, desde que o assunto não integre a esfera de assuntos considerados sigilosos, deve desenvolver-se publicamente, a fim de que o serviço público seja o mais transparente possível, dando oportunidades para que o cidadão possa participar democraticamente da gestão da coisa pública, sobretudo mediante o exercício de atividades fiscalizatórias. [...] salvo quando a ordem pública imponha o dever de sigilo no trato de certos assuntos, como por exemplo a coisa sigilosa relacionada com a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF/1988) ou com a defesa da intimidade das pessoas (art. 5º, LX, da CF/1988), devem os atos da Administração Pública ser revestidos da maior publicidade possível, com a finalidade de assegurar o legítimo acesso dos interessados e da população em geral à fiscalização desses atos, os quais podem ser levados à discussão do Poder Judiciário por intermédio das ações constitucionais<sup>15</sup>.

No plano infraconstitucional, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), em consonância com os referidos ditames constitucionais, tem como uma de suas diretrizes a observância da *publicidade como preceito geral*

<sup>14</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*, vol. 131, p. 58 – 82, jan./2006.

e o *sigilo como exceção*, nos termos de seu artigo 3º, inciso I<sup>16</sup>. No Estado do Rio de Janeiro, o artigo 2º, inciso II, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018, reproduz *ipsis literis* o dispositivo.

Comentando a respeito da referida diretriz da Lei de Acesso à Informação, MARCO ANTONIO KARAM SILVEIRA aponta:

A república do Estado Constitucional exige a visibilidade plena do poder, e o poder em uma república se exerce pela democracia. A república está presente na exigida transparência das condutas dos agentes públicos e das ações que realizam. A densificação da forma republicana de governo está no traço da exigência de efetiva tutela do direito pela estrutura político-administrativa. A transparência das ações dos sujeitos obrigados é marca do Estado aberto a todos que dele participam. A transparência vincula-se ao valor democrático, no sentido de que informações que são de todos, porque públicas, devem estar disponíveis a todos.

Como se extrai, os valores base da lei em exame são a democracia e a república. A democracia está no amplo e, em regra, no irrestrito acesso às informações de caráter público, instrumento básico da possibilidade de participação do cidadão na vida política. Significa o exame, pelo cidadão, de quão democrático é o exercício da democracia pelos seus representantes. Possibilita ao cidadão a conferência do exercício do poder, abrindo espaço para a inserção da sociedade no Estado, no cerne do local da tomada de decisões. O essencial à democracia é o exercício das liberdades e dos direitos fundamentais para assegurar que “as ações governamentais sejam subtraídas ao funcionamento secreto de câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas”.

Assim, e aqui o ponto nodal para a correta interpretação e aplicação de seu conteúdo, a lei tem por escopo a concretização do direito fundamental à informação, marcado pelos valores da transparência, decorrente da república e da democracia. São esses os valores que a lei pretende proteger e atingir, e que, portanto, devem ser considerados como base inafastável de interpretação e aplicação. As informações públicas pertencem ao cidadão, e não ao Estado.

---

<sup>16</sup> Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:  
I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;  
[...]

Somente esse eixo axiológico-estruturante de interpretação e aplicação da lei é capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais na leitura do Estado Constitucional. (SILVEIRA, Marco Antonio Karan. Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/2011) – Democracia, República e transparência no Estado Constitucional. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 927, p. 131-155, jan./2013) (Grifei.)

Desta maneira, sob as perspectivas constitucional e legal, o sigilo na administração pública e daqueles com que ela se relacionam somente se justifica nas hipóteses em que a informação seja passível de *classificação*, procedimento no qual a autoridade pública poderá considerá-la como *ultrassecreta*, *secreta* ou *reservada*, como disposto no artigo 24 da Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011<sup>17</sup>, ou tida como de natureza pessoal, hipótese em que terão acesso restrito independente da classificação de seu sigilo, tal como estabelecido no artigo 31, *caput*, e §1º, inciso I, da mesma Lei<sup>18</sup> e no, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no artigo 52, §1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018, que o reproduz em sua literalidade.

Não nos parece que se possa considerar a lista de pessoas que visitaram um detento sob a custódia do Estado, sobretudo pessoas públicas que exerceram cargos públicos e políticos<sup>19</sup>, como de natureza pessoal do detento. A rigor, sequer há informação relacionada ao próprio detento nesta lista – *o que, aprioristicamente, poderia justificar a imposição de sigilo nos termos da Lei de Acesso à Informação e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do Decreto Estadual nº 46.475 de 2018* – mas, sim, do próprio visitante. E não há direito subjetivo do visitante, previsto em lei, de preservar seu anonimato ao visitar um detento em uma cadeia pública.

Ainda que se pudesse considerar a relação de visitantes do detento como informação de natureza pessoal daquele, a relação especial de sujeição a que se encontra submetido o preso justificaria a divulgação desta informação, na medida em que o direito à intimidade e à vida privada em tais espécies de relação jurídica pode sofrer limitações proporcionais, notadamente, em razão da liberdade de informação e o direito de imprensa livre.

<sup>17</sup> Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

<sup>18</sup> Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. §1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; [...]

<sup>19</sup> Reiteramos que tal característica não revela relevância absoluta para as conclusões que serão apresentadas; ao contrário, reforçam a tese de que é direito da sociedade obter a informação que se cogita seja sigilosa.

### 3.2.1. A liberdade de imprensa como direito fundamental de prevalência. Reparação *a posteriori* de eventuais danos decorrentes de abuso no exercício direito

É indiscutível que a Constituição Federal de 1988 conferiu forte prevalência da *liberdade de imprensa*, direito fundamental constante do artigo 5º, inciso IX, e de seu artigo 220. Embora desprovido de natureza absoluta, não se pode olvidar que *a liberdade de imprensa é um dos direitos fundamentais corolários da liberdade de expressão*, o que justifica a posição apriorística que possui, em juízo de ponderação, com os demais direitos fundamentais aptos a com ela entrarem em choque, em especial, a proteção à intimidade (sobretudo de pessoas públicas ou políticas) e à privacidade.

A imprensa livre, exercida de forma ética, constitui a voz e os ouvidos da sociedade e, por isso, representa um dos pilares centrais da democracia. Vale, no ponto, transcrever a lição de DANIEL SARMENTO:

A liberdade de expressão não constitui um direito absoluto. De acordo com o famoso exemplo invocado pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, essa liberdade não vai ao ponto de proteger a pessoa que grita "fogo!" no interior de um cinema lotado. São inúmeras as hipóteses em que o seu exercício entra em conflito com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente tutelados. Tais conflitos devem ser equacionados mediante uma ponderação de interesses, informada pelo princípio da proporcionalidade, e atenta às peculiaridades de cada caso concreto. Na resolução destas colisões, deve-se partir da premissa de que a liberdade de expressão se situa em um elevado patamar axiológico na ordem constitucional brasileira, em razão da sua importância para a dignidade humana e a democracia. *Tal como ocorre em países como Estados Unidos, Alemanha e Espanha, também é possível falar-se no Brasil em uma "posição preferencial" a priori desta liberdade pública no confronto com outros interesses juridicamente protegidos.* [...] Outra orientação geral importante é a de que apenas em hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições prévias ao exercício desta liberdade, em favor da tutela de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos, e tão somente por meio de decisões judiciais (reserva de jurisdição). A regra geral, que se infere claramente da nossa Constituição, é a de que os eventuais abusos e lesões a direitos devem ser sancionados e compensados posteriormente. (Grifei.)<sup>20</sup>

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários a Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 525.



Como consequência da posição privilegiada de que dispõe a liberdade de expressão no Brasil – e, naturalmente, a liberdade de imprensa – eventuais restrições a este direito fundamental exigem forte ônus argumentativo para serem impostas. Confira-se, neste ponto, o magistério de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE:

Não há impedimento a que o sistema constitucional atribua uma posição privilegiada a certos bens, interesses ou valores, conferindo-lhes uma posição de preferência (relativa) em relação aos demais bens, interesses ou valores constitucionais. É o que ocorre em relação à liberdade de expressão, que, pela sua importância para a ordem jurídico-social, é reconhecida por grande parte da doutrina e da jurisprudência como um direito preferencial *prima facie* [...]

*Essa posição preferencial da liberdade de expressão [...] significa não uma superioridade hierárquica desse princípio, inexistente no sistema constitucional, mas a imposição de um ônus argumentativo mais pesado para quem busque restringir ou suprimir essa liberdade. Assim, aquele que considere aplicável uma limitação deve, à luz do caso concreto, com todas as circunstâncias, ser capaz de sustentar as suas razões com fortes argumentos, porque, prima facie, a liberdade de expressão (e suas congêneres, a liberdade de informação e de imprensa), pela sua importância para o indivíduo e para o Estado Democrático de Direito, deve prevalecer. (Grifei.)<sup>21</sup>*

Em sede jurisprudencial, são inúmeros os julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais a prevalência da liberdade de imprensa é reafirmada, declarando a inconstitucionalidade de preceitos que busquem, em maior ou menor grau, restringi-la. A rigor, como já assentado de longa data pelos Tribunais brasileiros, eventual exercício abusivo deste direito fundamental, lesivo a direitos da personalidade, enseja reparação *a posteriori*, sem que seja possível impor censura prévia ou mesmo privilegiar o anonimato.

Confira-se, a título de reforço argumentativo, ementas de decisões da Suprema Corte brasileira sobre a matéria:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. [...] A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo

<sup>21</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 57.

formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. *O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§1º do mesmo art. 220 da*

*Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. [...]*

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, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em: 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020) (Grifei.)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI Nº 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...] 3. *A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.* 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades

conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. *A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.* 8. *Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.* 9. (ADI 4815, Relator(a): Min.<sup>a</sup> CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em: 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) (Grifei.)

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. *A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.* 2. *A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.* 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis,

satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. (ADI 4451, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em: 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019) (Grifei.)

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. (Rcl 22328, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em: 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018) (Grifei.)

Deste modo, a disponibilização da lista de visitantes de detentos custodiados em cadeias públicas se apresenta como medida idônea, proporcional e razoável a prestigiar a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, eis que favorece a livre circulação de ideias e, de modo geral, *a informação da sociedade*. Reitere-se que eventual abuso (ilegalidade) resultante da exposição da lista ou da má utilização das informações nela contidas devem ser severamente combatidos pelas vias próprias *a posteriori*, não se justificando a oposição de sigilo ou de censura prévia; afinal, como antes se referiu, não se trata de informação coberta pelo manto do sigilo de informações da Administração Pública ou sendo caracterizada como dado pessoal do detento.

### 3.2.2. Parâmetros necessários para a divulgação da lista de detentos. Indispensabilidade de proteção de dados pessoais sensíveis do visitante

Fixada a premissa de inexistir ofensa ao direito fundamental à intimidade consistente na divulgação da lista de visitantes de preso sob custódia do Estado, há necessidade de trazer parâmetros no acesso a tal informação, de modo a resguardar o núcleo mínimo do direito à intimidade e proteger dados pessoais sensíveis dos visitantes.

Neste sentido, sugere-se que, na lista, constem apenas o nome do visitante, bem como dia e horário da respectiva visita. Informações pessoais, tais como identificação civil, CPF e endereço residencial do visitante, por dizerem respeito à sua privacidade e intimidade, têm acesso restrito e devem ser preservadas pela Administração Pública, nos termos do antes citado artigo 31, §1º, da Lei Federal nº 12.547, de 11 de novembro de 2011 e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 52, §1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018.

Em relação ao visitante cuja *visita possui natureza íntima* – benefício que, no Estado do Rio de Janeiro, poderá ser concedido pela Administração Penitenciária com fundamento no artigo 67, inciso I, alínea “b”, do Decreto Estadual nº 8.897 de 1996, que regulamentou a aplicação da Lei de Execuções Penais no sistema prisional fluminense – *mostra-se razoável a aposição de sigilo na divulgação do nome do visitante*.

Em tal hipótese, o visitante, por força do artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais<sup>22</sup> e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 18 da Resolução SEAP nº 142 de 2006<sup>23</sup> (*ato normativo que disciplina a visita aos internos custodiados em unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro*), somente poderá ser o cônjuge ou companheiro, o que, por si só, deixa evidente a forte natureza íntima da visita, que, como é de conhecimento convencional, se destina essencialmente à prática de atos sexuais.

Deve-se levar em conta, ainda, a menor relevância social e a maior facilidade de acesso à informação em tal hipótese, eis que o nome do cônjuge ou companheiro do preso pode ser obtido por meio de requerimento de certidão junto aos órgãos de registro civil ou de notas correspondentes e, ainda, em se tratando de cônjuge ou companheiro, presume-se que a visita seja realizada.

Desta forma, em se tratando de visita qualificada como “íntima”, justifica-se a retirada, quando do fornecimento da listagem de visitantes do detento, do nome do cônjuge ou do companheiro (a), de modo a resguardar a sua intimidade, tendo em vista o objetivo precípua da visita íntima, da menor relevância social, de maior necessidade de manter intacto o direito à vida privada, notadamente sob a perspectiva sexual, e da maior facilidade de acesso à informação em tal hipótese.

<sup>22</sup> Art. 41 - Constituem direitos do preso:  
[...]

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

<sup>23</sup> Art. 18 – Será concedida ao(s) preso(a) a visita íntima de seu cônjuge ou companheiro(a).

#### 4. Conclusão

Adotam-se as seguintes conclusões neste trabalho:

(i) O preso se encontra sob relação especial de sujeição para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a imposição de condicionamentos ao exercício de seus direitos fundamentais;

(ii) No juízo de ponderação entre os direitos fundamentais à intimidade do custodiado, pessoa pública, e, de outro, a liberdade de informação do cidadão e de obtenção de informações de interesse coletivo ou geral junto à Administração Pública, prevalecem estes;

(iii) Não se considera a lista de pessoas que visitou uma pessoa pública, sob custódia do Estado, como de natureza pessoal do detento;

(iv) Ainda que se pudesse considerar a relação de visitantes do detento como informação de natureza pessoal, a relação especial de sujeição a que se encontra submetido o preso justificaria a divulgação desta informação;

(v) Não há direito subjetivo dos visitantes de presos em cadeias públicas de não terem seus nomes divulgados quando houver requerimento de interessados. Não há direito subjetivo dos visitantes ao anonimato;

(vi) Sugere-se que, na lista, constem apenas o nome do visitante, bem como dia e horário da respectiva visita. Informações pessoais, tais como identificação civil, CPF e endereço residencial do visitante, por dizerem respeito à sua privacidade e intimidade, têm acesso restrito e devem ser preservadas, nos termos do artigo 31, §1º, da Lei Federal nº 12.547, de 11 de novembro de 2011 e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, do artigo 52, §1º, do Decreto Estadual nº 46.475, de 25 de outubro de 2018;

(vii) O visitante em *visita íntima* deve ter o nome suprimido da listagem de visitantes disponibilizada aos requerentes, com vistas a proteger sua intimidade, diante do objetivo típico desta modalidade de visita (atos sexuais), de quem pode realizá-la, da menor relevância social da informação e da maior facilidade de obtenção por outros meios.

#### Referências bibliográficas

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. *A RETÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE*. A validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *In: Revista de Processo*, vol. 131, p. 58 – 82, jan./2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Portugal: Almedina, 1999.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J.J Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). Comentários a Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Marco Antonio Karan. Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/2011) - Democracia, República e transparência no Estado Constitucional. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 927, p. 131-155, jan./2013.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Corte Compulsório de Cabelo, Barba e Bigode de Detentos do Sistema Prisional: Higiene x Dignidade da Pessoa Humana. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 67, jan-mar./2018, p. 117-136.

\_\_\_\_\_. Visita íntima a detentos em presídios – possibilidade de condicionamentos e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. *In: Temas de Direito Público* (estudos de Direito Constitucional e Administrativo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 227-250.



# A consolidação legislativa da proteção de dados no Brasil: comentários às alterações da Lei nº 13.853/2019 à LGPD

*The legislative consolidation of data protection in Brazil: comments on Law No. 13.853/2019 alterations to the LGPD*

Guilherme Magalhães Martins\*

João Victor Rozatti Longhi\*\*

José Luiz de Moura Faleiros Júnior\*\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A LGPD e suas alterações. 3. A Agência Nacional de Proteção de Dados. 4. Conclusão. Referências.

## Resumo

Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu. A norma sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações, por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada. Problematisa-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações. Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados trazem reforço normativo

\* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

\*\* Pós-Doutor em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Defensor Público no Estado do Paraná. Professor visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e de Graduação do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ).

\*\*\* Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance*. Advogado.

adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

### **Abstract**

*In order to bring solutions to the challenging contingencies revealed by the incessant and colossal flow of information on the Internet, the Brazilian General Data Protection Act (LGPD) – Law No. 13.709, of August 14, 2018 – was issued, following the implementation of the General Data Protection Regulation in Europe. The new framework has not even entered into effect but has already undergone dense changes, under Provisional Measure No. 869 of December 27, 2018, which, following its regular course before the Brazilian National Congress, was converted into Law No. 13.853, of July 8 2019, reformatting the final wording of the previously enacted law. The scope of the changes regarding the implementation of data protection in the country is problematized, since the implementation of the standard still causes doubts and concerns. Working with the hypothesis that the adjustments made bring adequate normative reinforcement to the structuring of the protection that is intended to ensure the protection of personal data, the inductive method will be used, in a research dedicated to the analysis of the changes promoted by Law No. 13.853/2019, and hence the rendered hypothesis will be put to test. At the end, brief concluding remarks will be presented.*

**Palavras-chave:** Proteção de dados. Privacidade. Portabilidade de dados. Autoridade nacional.

**Keywords:** Data protection. Privacy. Data portability. National authority.

## **1. Introdução**

Inúmeras dúvidas ainda permeiam a efetivação do resguardo à proteção de dados no Brasil. Para além do reconhecimento deste hodierno direito fundamental, sacramentado na promulgação de marcos regulatórios específicos em todo o mundo, importa saber quais são os limites da atuação estatal para além do labor legislativo, uma vez que a regulação da *Internet* ainda é um complexo desafio.

Nesse contexto, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – representou inegável avanço, mas seu longo período de *vacatio legis*, além de sinalizar a complexidade de adaptação a seus rigores, incitou revisões críticas que já culminaram em alterações legislativas. Inicialmente, foi editada a Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que reformulou densamente o texto original da norma. Posteriormente, tendo sido realizadas diversas audiências públicas e realizados intensos debates acerca das alterações, foi promulgada

a Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que manteve alguns dos ajustes realizados, efetivou outros e recompôs o texto original em certos pontos.

Tomando esta nova lei como objeto de estudo, problematiza-se o alcance das alterações realizadas, naquilo que concerne à efetivação da proteção de dados no país, uma vez que a concretização da norma ainda causa dúvidas e inquietações.

Trabalhando-se com a hipótese de que os ajustes realizados propiciam reforço normativo adequado à estruturação da proteção que se pretende haurir aos dados pessoais, utilizar-se-á o método indutivo, em pesquisa dedicada à análise das mudanças promovidas pela Lei nº 13.853/2019, no afã de se perquirir a concretização da hipótese apresentada.

Em breves linhas, buscar-se-á indicar os principais aspectos concernentes à nova legislação, que não cuidou apenas de revisitar as polêmicas relacionadas à efetiva criação e implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, mas, sim, dedicou-se à elucidação de vários outros temas importantes. Ao final, serão apresentadas breves considerações conclusivas.

## 2. A LGPD e suas alterações

Uma simbiose indistinta entre o real e o virtual tem sido o fio condutor da evolução humana no acelerado curso das duas primeiras décadas do novo século<sup>1</sup>. Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na *Internet*, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)<sup>2</sup> brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), consolidando-se um marco legal importante para a compreensão do tema.

Com largo período de *vacatio legis*, a LGPD sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de

<sup>1</sup> FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8. Destaca o autor: “During the last decade or so, we have become accustomed to conceptualizing our life online as a mixture between an evolutionary adaptation of human agents to a digital environment, and a form of post-modern, neo-colonization of the latter by the former. This is probably a mistake. ICTs are as much re-ontologizing our world as they are creating new realities. The threshold between here (analogue, carbon-based, offline) and there (digital, silicon-based, online) is fast becoming blurred, but this is as much to the advantage of the latter as it is to the former.”

<sup>2</sup> A ementa final da lei atribuiu-lhe a nomenclatura em questão (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), embora tenha mantido a sigla que já se popularizou desde o advento do texto original (LGPD). O acréscimo do adjetivo “pessoais” se deu, nos derradeiros estágios do processo legislativo de votação da Medida Provisória nº 869/2018, pela Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, sob a seguinte justificativa: “Esta Emenda de Redação busca sanar incorreção formal no texto, uma vez que faltou o qualificativo ‘Pessoais’ na nova Emenda dada pelo PLV à agora denominada ‘Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais’. Objetivo é esclarecer que se trata de Lei de proteção de dados pessoais e não de outros tipos de dados, em aderência ao objeto central da Lei nº 13.709, de 2018.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1756124&file name=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&file name=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018). Acesso em: 31 ago. 2019.)

2018<sup>3</sup>, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada.

De início, a reforma acrescentou ao artigo 1º um parágrafo único, com a seguinte redação: “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Trabalhou-se, conceitualmente, com a concretização da amplitude axiológica do direito fundamental à proteção de dados pessoais<sup>4</sup>, alinhando-a ao que se discute na Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019, que visa incluir tal direito no texto constitucional, além de definir como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto.

Sem dúvida, o status de direito fundamental confere à proteção de dados pessoais um papel imprescindível no tocante à articulação do direito privado frente aos interesses passíveis de tutela no contexto informacional<sup>5</sup>.

Nessa esteira, o acréscimo normativo ainda deixa mais clara a incidência dos dispositivos da lei aos afazeres e às atividades do Poder Público, proclamando a obrigatoriedade de sua observância em todos os âmbitos.

Avançando, nota-se que, no sentido de tornar mais precisa a redação da LGPD, foi mantida a escrita dada pela MP 869 ao artigo 3º, inciso II, da lei. O objeto da referida mudança foi simplesmente a inserção da conjunção “ou” ao final de seu texto (consolidado como “a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou”) para não haver dúvida alguma de que o âmbito de aplicação da lei não ostenta requisitos cumulativos, mas alternativos, nas hipóteses descritas pelos três incisos do artigo 3º da lei<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Para maiores detalhes, confira-se: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 31 ago. 2019.

<sup>4</sup> DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 52. Destaca o autor: “Assim, e ainda ao elencar dentre seus fundamentos, em seu artigo 2º, outros elementos intrinsecamente ligados à tutela da pessoa e de seus direitos fundamentais, tais quais a autodeterminação informativa, as liberdades de expressão, informação, comunicação e de opinião, a dignidade e o exercício da cidadania, a LGPD estabelece de maneira sólida sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa, o que se verifica igualmente em diversas opções na implementação dos seus mecanismos de tutela (...)”

<sup>5</sup> DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 113. Comenta: “As a powerful tool for mediating between the common good and the pursuit of individual aims, fundamental rights can assist private law reasoning in this further function. In this regard, they provide a more systematic, transparent and coherent articulation of the concerns that have long bubbled to the surface in the guise of ‘public policy’ and its cognates, such as ‘good faith’. Concepts such as these attest to the role that private law plays in constructing social practices and institutions.”

<sup>6</sup> Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:

I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;

Outro aspecto fundamental da reforma pertine aos dados acadêmicos, excetuados pela MP 869 do alcance da LGPD (artigo 4º, inciso II, “b”), mas que a Lei nº 13.853 acabou por reformular, retomando a redação originalmente aprovada no texto original anterior à MP.

Ao artigo 4º, §4º, que, até então, enunciava apenas que “[e]m nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado”, foi inserida uma ressalva: “salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público.” Nota-se, à toda evidência, uma flexibilização do campo regulatório da norma, que, por força do mencionado inciso III, afasta de seu escopo de incidência o tratamento de dados realizado para fins de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Com a nova redação dada ao §4º, a mesma liberdade de tratamento de dados passa a valer para pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado (caso do SERPRO, que é empresa pública)<sup>7</sup>. Esta novidade se alinha às proposições doutrinárias mais recentes quanto ao fato de não ser possível admitir que “as mudanças estruturais se limitem à exteriorização da relação jurídica mantida entre Administração Pública e administrado, devendo ser direcionado um olhar atento e rigoroso ao processo interno de implantação de melhorias por parte do Estado e que gerem adesão por aqueles que são responsáveis por desempenhar diariamente a função pública”<sup>8</sup>.

No artigo 26, que cuida do compartilhamento de dados pelo Poder Público, foram mantidas as inclusões dos incisos IV e V – alternativos e não cumulativos<sup>9</sup> –, mas

---

II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

<sup>7</sup> No relatório final da lei, optou-se pela referida redação ao §4º, que havia sido revogado pela MP 869, pelos seguintes motivos (página 58 do documento): “Entendemos que o tratamento da totalidade de bancos de dados de segurança e defesa por empresa privada, aliada ao fato de que essas autoridades não precisam informar a Autoridade quando assim os delegarem, enfraquecem as medidas protetivas da sociedade contra eventuais arbitrariedades e vazamentos de dados sobre tão importante categoria. Ademais, em se tratando de questões de defesa nacional e as conhecidas *back doors* de fabricantes e provedores de aplicações e de bancos de dados que se utilizam de tecnologia estrangeira, há sempre a possibilidade de acesso em nível internacional desses dados. Entretanto, a discussão em Audiência Pública indicou a realidade e a racionalidade de bancos de dados e sistemas de segurança da área de segurança e de investigação serem operados por empresas públicas, tais como o Serpro. Assim, entendemos a necessidade da transferência de dados para tratamento por parte de empresas públicas.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExterno?co\\_dteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExterno?co_dteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018). Acesso em: 31 ago. 2019.)

<sup>8</sup> GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 53.

<sup>9</sup> Eis os incisos: “IV - quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou V - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.”

houve veto ao inciso VI, que cuidava dos dados acessíveis publicamente. Por outro lado, foi consolidada a nova redação dada ao artigo 29, pela MP 869, que apenas delineou com maior clareza a possibilidade de que se solicite não apenas às entidades do Poder Público (Administração indireta), mas também a seus órgãos (Administração direta), “informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado”.

No artigo 5º, foram realizados pequenos ajustes redacionais aos seguintes incisos: (i) inc. VIII, para inserir, em sua parte final, a nomenclatura correta da autoridade nacional (Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD); b) inc. XVIII, com mera conversão da nova redação conferida pela MP 869/2018; c) inc. XIX, com o acréscimo, ao final, da expressão “em todo o território nacional”, deixando ainda mais claro o escopo de atuação da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Ao artigo 7º, que cuida das hipóteses em que é permitido o tratamento de dados pessoais relativos à saúde<sup>10</sup>, se consolidou a seguinte redação ao inciso VIII: “para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.” A novidade está no advérbio ‘exclusivamente’, inserido para garantir a sintonia da LGPD com o disposto no artigo 1º da Resolução nº 1.605/2000 e no artigo 1º da Resolução nº 1.638/2002, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que sinalizam a imperiosidade do sigilo de dados dessa estirpe<sup>11</sup>.

Em igual sentido, mas em relação aos dados pessoais sensíveis<sup>12</sup>, adaptou-se a redação do artigo 11, inciso II, “f”, que agora consta com o seguinte texto: “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.” Outrossim, alterou-se a redação do §4º do dispositivo e lhe foi acrescido um §5º, assim dispondo:

Art. 11. (...)

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com

<sup>10</sup> CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73. Anotam: “A Lei Federal nº 8.080/1990, que regulamenta o direito à saúde, inclui o direito à informação do cidadão e o dever do Estado de fundamentar suas políticas e ações em informações sanitárias e evidências científicas, legitimando a coleta e o uso de informações pessoais. A ideia é que os dados tratados em âmbito da saúde sirvam para garantir a qualidade de vida da sociedade e a redução de riscos ao adoecimento.”

<sup>11</sup> O primeiro dispositivo conceitua o prontuário médico como o “documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”, ao passo que o segundo dispositivo preconiza que “o médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.”

<sup>12</sup> Sobre os dados pessoais sensíveis, confira-se: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

A portabilidade de dados já está tratada no artigo 18, inciso V, da lei, mas a reiteração constante do inciso I do §4º do artigo 11 se mostra imprescindível, na medida em que, “quanto mais difícil for para um indivíduo mover seus dados, maior é o poder de mercado detido pelo fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes”<sup>13</sup>. Da mesma forma, o inciso II do §4º corrobora a autodeterminação informativa, realçando direitos do titular para a proteção de dados sensíveis seus.

O §5º, por sua vez, impõe freios à potencial discriminação praticada por operadoras de planos privados de assistência à saúde, resguardando a confiança, sendo pertinente, nesse ponto, a doutrina de Fernando Martins:

(...) a confiança (a legítima expectativa gerada pelo predisponente) abre hipóteses normativas, ensejando hermenêutica conformadora aos direitos fundamentais a partir das seguintes ponderações: i) a aplicação do princípio da boa-fé objetiva (no manancial das funções interpretativas, integrativas e limitativas de exercício de posição jurídica); ii) cobertura e execução contratual conforme o tráfego despertado, especialmente no que concerne à natureza dos riscos envolvidos; iii) controle de conteúdo das cláusulas contratuais que transferem riscos ao vulnerável e oneram o contrato; iv) relevo diferenciado aos anos de contribuição do consumidor como grupo de saúde empresarial (relacionamento contratual); v) proteção da relação médico-paciente existente em face da intervenção indevida pelas operadoras de saúde; e vi) exigência do consentimento

<sup>13</sup> CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 63.

esclarecido do consumidor frente ao contrato e aos tratamentos como ordem pública procedimental<sup>14</sup>.

Ainda acerca da portabilidade de dados<sup>15</sup>, a Lei nº 13.853 consolidou a redação do inciso V e do §6º do artigo 18 da LGPD, vinculando tal direito à posterior regulamentação deixada a cargo da autoridade nacional. De fato, o papel da ANPD, no exercício de seu poder regulamentar infralegal, será crucial para a efetivação deste e de outros direitos contidos na lei.

A nova redação do artigo 20, que aborda o tratamento automatizado, foi mantida nos mesmos moldes definidos pela MP 869/2018. Igualmente, o artigo 23, inciso III, teve sua redação mantida, com a inserção da conjunção “e” ao seu final – que delimitaria sua cumulação com o inciso IV, acrescentado pela nova lei, não tivesse este sido vetado<sup>16</sup>.

A figura do encarregado também merece breve comentário, pois receberia uma série de importantes ajustes, notadamente quanto ao regime de responsabilidade civil que lhe é aplicável. Sobre esta figura, porém, o veto presidencial<sup>17</sup> ao §4º do artigo 41 culminou na manutenção do teor normativo precedente.

<sup>14</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018, p. 88.

<sup>15</sup> DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018, p. 194. Comentam os autores: “The right to data portability is one of the most important novelties within the EU General Data Protection Regulation, both in terms of warranting control rights to data subjects and in terms of being found at the intersection between data protection and other fields of law (competition law, intellectual property, consumer protection, etc.). It constitutes, thus, a valuable case of development and diffusion of effective user-centric privacy enhancing technologies and a first tool to allow individuals to enjoy the immaterial wealth of their personal data in the data economy. Indeed, a free portability of personal data from one controller to another can be a strong tool for data subjects in order to foster competition of digital services and interoperability of platforms and in order to enhance controllership of individuals on their own data.”

<sup>16</sup> A redação do inciso IV previa o seguinte: “IV - sejam protegidos e preservados dados pessoais de requerentes de acesso à informação, no âmbito da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, vedado seu compartilhamento na esfera do poder público e com pessoas jurídicas de direito privado.” O veto, entretanto, teve a motivação a seguir: “A propositura legislativa, ao vedar o compartilhamento de dados pessoais no âmbito do Poder Público e com pessoas jurídicas de direito privado, gera insegurança jurídica, tendo em vista que o compartilhamento de informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, que não deve ser confundido com a quebra do sigilo ou com o acesso público, é medida recorrente e essencial para o regular exercício de diversas atividades e políticas públicas. Sob este prisma, e a título de exemplos, tem-se o caso do banco de dados da Previdência Social e do Cadastro Nacional de Informações Sociais, cujas informações são utilizadas para o reconhecimento do direito de seus beneficiários e alimentados a partir do compartilhamento de diversas bases de dados administrados por outros órgãos públicos, bem como algumas atividades afetas ao poder de polícia administrativa que poderiam ser inviabilizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.”

<sup>17</sup> Com efeito, foram essas as razões do veto: “A propositura legislativa, ao dispor que o encarregado seja detentor de conhecimento jurídico regulatório, contraria o interesse público, na medida em que se constitui em uma exigência com rigor excessivo que se reflete na interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo, bem como ofende direito fundamental, previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial.”



Com o veto, também foram afastados os três incisos que acompanhariam o acima mencionado §4º e que compunham o elenco de matérias a serem regulamentadas pela ANPD: i) os casos em que o operador deveria indicar encarregado; ii) a indicação de um único encarregado, desde que facilitado o seu acesso, por empresas ou entidades de um mesmo grupo econômico; iii) a garantia da autonomia técnica e profissional no exercício do cargo.

Devido à ausência de menção expressa à responsabilidade civil do encarregado de dados – responsável por passar instruções ao controlador e a seus colaboradores quanto à proteção de dados – no artigo 42, nota-se sonora lacuna, uma vez que se trata de figura central para o controle de eventos danosos, na medida em que a exarcação de qualquer espécie de comando errôneo, por parte do encarregado, pode vir a causar dano e, para solucionar o caso, impõe-se a leitura do artigo 43, inciso III, que expressamente afasta a responsabilidade civil dos agentes de tratamento (controladores e operadores) quando esta puder ser transferida a terceiro, o que permitiria responsabilizar o encarregado na hipótese descrita, embora, para isso, seja passível de invocação a disciplina jurídica contida noutras fontes normativas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

### 3. A Agência Nacional de Proteção de Dados

Finalmente, merece destaque a delimitação das normas concernentes à implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados, tema que foi amplamente debatido nas audiências públicas realizadas pelo Congresso Nacional, pois, indubitavelmente, a existência de uma autoridade nacional independente é aspecto fundamental para a efetivação da lei.

Importante estudo realizado na Austrália mostrou que, em todo o mundo, autoridades nacionais realmente fortes existem na grande maioria dos países que já possuem legislações de proteção de dados. Foram averiguados 132 países e constatou-se que apenas 10% (dez por cento) não criaram autoridades específicas e 10% (dez por cento) demoraram muito para fazê-lo, e, no majoritário rol de países que criaram agências com perfil adequado, seu caráter independente foi festejado pelo estudo. Inclusive, às autoridades não dotadas de independência foi reservado, pelo autor do estudo, um lugar no “*Hall of Shame*”<sup>18</sup>.

Nesse compasso, a redação final da Lei nº 13.853/2019 assim tratou do assunto, em seu artigo 55-A:

Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

<sup>18</sup> GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Se o texto original da LGPD, aprovado em agosto de 2018, previa a criação de uma entidade, com natureza autárquica e, portanto, pertencente à Administração Pública indireta no plano federal, a MP 869/2018 andou em sentido diametralmente oposto, criando-a como órgão vinculado à Presidência da República<sup>19</sup>. Agora, na consolidação do texto final da reforma, nota-se o intuito de equacionar a questão, com a criação da ANPD como órgão, mas de natureza transitória, sendo possivelmente transformada em entidade (autarquia) *a posteriori*.

Naturalmente, a inserção do verbo “poderá” no §1º do artigo 55-A causa algum receio, uma vez que deixa em aberto certo grau de discricionariedade para a efetiva conversão do novo órgão em entidade, embora o §2º delimite um prazo de até 2 (dois) anos para que esta decisão seja tomada.

Na mesma toada em que se clama pela efetivação da proteção de dados para a estabilização das relações sociais travadas na *Internet*, diversas nuances permanecem nebulosas, mesmo com reformas, ajustes, audiências públicas, alterações e proposições para a adaptação estrutural do Estado em relação a seu aparelhamento voltado ao atendimento de seus deveres de proteção<sup>20</sup>.

Nessa linha, espera-se que a consolidação legislativa de tão importante direito fundamental – a proteção de dados pessoais – sacramente uma mudança profunda na forma de realização das atividades de Estado para que se prime pela independência de quem, ao fim e ao cabo, deverá assumir o fardo de regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções.

<sup>19</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp>. Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>20</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.

#### 4. Conclusão

Em linhas conclusivas, constata-se que as mudanças já realizadas na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira sinalizam a preocupação do legislador com a confiabilidade de seu texto final, repleto de nuances complexas e que demandarão de todos os agentes de dados profundas adaptações em suas rotinas relacionadas às operações de coleta e tratamento de dados.

Em breves linhas, procurou-se averiguar, pontualmente, as principais modificações realizadas pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que consolidou o texto anterior, que já havia sido alterado pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Anotou-se que, em grande parte, o legislador buscou esclarecer o escopo de aplicação da normativa, particularmente no que diz respeito ao Estado e às suas atividades enquanto agente de dados e, também, enquanto responsável por fiscalizar e sancionar atividades realizadas em desconformidade com os ditames da lei.

A preocupação com dados relacionados à saúde e dados acadêmicos reafirma esta cautela mais ampla com determinadas espécies de dados, ao passo que questões como o tratamento automatizado ainda parecem suscitar dúvidas quanto a seu escopo de proteção.

É inegável que a consolidação do texto que cria a Agência Nacional de Proteção de Dados reforça o papel crucial que tal órgão terá, ao fim do período de *vacatio legis*, para que não se tenha o esvaziamento da norma. Espera-se, ademais, que sua conversão de órgão da Administração direta em entidade (autarquia) da Administração indireta, no plano federal, venha a se concretizar, assegurando-se maior independência em sua atuação.

#### Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018). Acesso em: 31 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 1/2019 da Comissão Mista de votação da MP 869/2018*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegrarjsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExtern01?codteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegrarjsessionid=9EC610DD6ADD2D1AD386EA90CAB11DF6.proposicoesWebExtern01?codteor=1745016&filename=Tramitacao-MPV+869/2018). Acesso em: 31 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. *Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de*

*Proteção de Dados; e dá outras providências.* In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jul. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DE HERT, Paul; PPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, nº 2, p. 193-203, abr. 2018.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

FLORIDI, Luciano. *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Direito administrativo e avanços tecnológicos: desafios e conquistas. In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela (Coords.). *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção da confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, nº 4, p. 77-101, nov./dez. 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, nº 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Jota*. 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeicoar-mp>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.



# A Ratificação no Direito Constitucional Português<sup>1</sup>

Jorge Miranda\*

## I

1. O conceito de ratificação surge em Direito Constitucional em termos algo diversos daqueles em que surge noutros ramos jurídicos e deve ser encarado à luz dos problemas próprios do sistema de governo, das relações entre os órgãos e do valor dos atos constitucionais. Naturalmente, reporta-se, sobretudo, aos atos legislativos, embora também possa interessar no domínio dos atos políticos e dos regulamentos.

Podem distinguir-se ratificação como sanção, ratificação como confirmação e ratificação como fiscalização. Na primeira, convalida-se o ato, suprindo a inconstitucionalidade ou a ilegalidade que o inquina e tomando-o, mesmo retroativamente, insusceptível de arguição. Na segunda, um órgão diferente daquele que pratica o ato ratificando manifesta uma vontade de sentido idêntico, confirmando-o, e se não se verificar até certo prazo, porventura o ato caduca. Na terceira, faz-se uma apreciação essencialmente ditada por razões de oportunidade e de conveniência, mas que só afeta o ato quando de sinal contrário, e a validade ou a eficácia dele não dependem dessa apreciação, a qual só pode realizar-se verificados determinados requisitos.<sup>2</sup>

Encontram-se estas três modelações típicas ao longo da evolução do constitucionalismo português, com uma ou outra especialidade, e também na vida constitucional doutros países.

Escusado é dizer que completamente à margem deste estudo fica o outro instituto de ratificação, que também é relevante em Direito Constitucional, mas que cabe, sobretudo, ao Direito internacional: a ratificação de tratados pelo Presidente da República (art. 138, alínea b) da Constituição de 1976).

2. Como se sabe, na Carta Constitucional – como nas Constituições de 1822 e 1838 – o poder legislativo competia apenas às Cortes com a sanção do Rei, verdadeira e própria ou não (art. 139), e não se admitia a sua delegação. Apesar disto, a maneira como o sistema de governo então funcionava, numa prática de monarquia orleanista,

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais nº 21, seção “Temas de Direito Constitucional”, maio/1979. p. 359-369.

\* 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).

<sup>2</sup> Afastamo-nos ligeiramente do nosso artigo Ratificação, *in Verbo* (Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura), XV, p. 1789 e 1790.

conduzia a períodos de ditadura, durante os quais, não estando as Cortes reunidas, o Governo emitia decretos – os chamados decretos ditatoriais – que aquelas ratificavam ou convalidavam, depois de eleições gerais, através de *bill* de indenidade (ou de isenção de responsabilidade).

A situação mudaria com a 1ª república, que, por um lado, consagraria as delegações ou autorizações legislativas (art. 27º da Constituição de 1911) e, por outro lado, reagira contra os abusos das ditaduras, instituindo a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis (art. 639), considerando crime de responsabilidade a publicação de diplomas de caráter legislativo pelo Poder Executivo (art. 8º, nº 4 da Lei nº 266, de 27 de julho de 1914) e proibindo decretos de caráter legislativo no interregno parlamentar, os quais seriam nulos de pleno direito (art. 1º, § 8º, da Lei nº 891, de 22 de setembro de 1919). Entretanto, e decerto ainda por receio de que através de decretos se fizessem leis, criava-se uma espécie de ratificação – confirmação: era a “sanção” dos decretos regulamentares pelo Congresso, considerando-se provisórios sem essa “sanção” (art. 26º, nº 24 da Constituição).<sup>3</sup>

Viria a ser, porém, a Constituição de 1933 que introduziria o *nomen juris* ratificação; e na sua vigência observar-se-iam três fases, correspondentes às relações entre Assembleia Nacional e Governo no exercício do poder legislativo.

No texto primitivo, a ratificação dos decretos-leis era sempre necessária, desde que não estivesse a ser usada alguma autorização legislativa, pois o Governo só podia legislar por urgência e necessidade pública (art. 108º, nº 2). A ratificação devia ser solicitada nos cinco primeiros dias de sessão da Assembleia Nacional (art. 108º, § 3º). Mas logo com a primeira lei de revisão constitucional (a Lei nº 1.885, de 23 de março de 1935), em vez de serem todos, incoerentemente, apenas os decretos-leis publicados durante os períodos das sessões legislativas,<sup>4</sup> a ela ficaram sujeitos.

A revisão de 1945 abriu uma segunda fase, caracterizada pela desvalorização do instituto em consequência da atribuição ao Governo de competência legislativa normal. Deixou então a ratificação de ser obrigatória e tornou-se facultativa: para que qualquer decreto-lei lhe fosse submetido tinham de requerer cinco (e a partir de 1951, dez) Deputados nas dez primeiras reuniões após a publicação do diploma.

Por último, na revisão de 1971, sem quebra da regra geral, estabeleceu-se a exigência de ratificação, no sentido de 1933, em três casos: quanto aos decretos-leis sobre impostos e sistema monetário que o Governo publicasse, em caso de urgência e necessidade pública, sem autorização legislativa, fora do funcionamento efetivo da Assembleia (art. 93º, § 1º); quanto aos decretos-leis de declaração do estado de sítio pelo Governo, quando a Assembleia Nacional não se encontrasse em funcionamento e não

<sup>3</sup> O preceito falava em “regulamentos elaborados para a boa execução das leis”, mas era interpretado restritivamente: Mamoco e Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, Coimbra, 1913, p. 447-448; Martinho Nobre de Melo, *Lições de Direito Político*, coligidas por Abel de Andrade, filho, e José Acácio Pinto Rodrigues, Coimbra, 1924, p. 332.

<sup>4</sup> Ou durante o funcionamento efetivo da Assembleia, conforme dispôs a Lei nº 1.963, de 18 de dezembro de 1937.



fosse possível convocá-la a tempo ou ela estivesse impedida de reunir (art. 109º, § 5º); e quanto aos decretos de aprovação de tratados sobre matéria da competência exclusiva da Assembleia, em caso de urgência e necessidade pública e fora do funcionamento efetivo daquela (art. 109º, § 4º). A falta de ratificação expressa até ao termo da sessão legislativa imediata à publicação (hipótese do art. 93º, § 1º) ou decorridos noventa dias após esta (hipótese do art. 109º, § 5º) determinava a caducidade do diploma.<sup>5-6</sup>

No domínio desta Constituição, havia ainda uma forma de ratificação – convalidação: a dos diplomas legislativos das províncias ultramarinas, que o Ministro do Ultramar podia ratificar, já que os podia anular a todo o tempo quando inconstitucionais ou ilegais (base XIV, nº 2 da Lei Orgânica do Ultramar, na versão de Lei nº 5/72, de 23 de junho).

A Constituição de 1976 institui como órgãos legislativos não apenas a Assembleia da República (arts. 164º e 167º e ss.), mas também o Conselho da Revolução, transitoriamente, no tocante às Forças Armadas, ao próprio Conselho e à Comissão Constitucional (arts. 148º, 144º e 285º), as assembleias das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, em matéria de interesse específico destas (arts. 229º, nº 1, alínea a), e 233º, nº 3), e o Governo (art. 201º). Não pareceu possível aos constituintes deixar de reconhecer ao Governo – por força da tradição portuguesa e das necessidades legiferantes da nossa época e por o Parlamento ter a seu cargo igualmente funções políticas e de fiscalização – uma competência legislativa própria e até uma competência reservada no respeitante à sua organização e ao seu funcionamento (art. 201º, nº 2). Em contrapartida, todos os decretos-leis do Governo – não os do Conselho da Revolução nem os decretos regionais<sup>7</sup> –, salvo os publicados no exercício dessa competência reservada, ficam sujeitos a ratificação pela Assembleia da República (art. 172º), como órgão legislativo genérico ou por excelência.<sup>8</sup> Tal é a principal diferença entre o regime atual e o da Constituição de 1933.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Já no art. 109º, § 4º, nada se prescrevia para a hipótese de não se verificar a ratificação, sendo certo que a caducidade não seria admissível no plano internacional: cf. André Gonçalves Pereira, *A revisão constitucional de 1971 e as fontes de Direito Internacional*, ref. da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1972, p. 15-16.

<sup>6</sup> Para maior desenvolvimento, v. sobre a ratificação dos decretos-leis na Constituição de 1933, o nosso *Decreto*, Coimbra, 1974, p. 24 e ss.

<sup>7</sup> Mas na Assembleia Constituinte chegou a ser proposta a sujeição à sanção da Assembleia da República dos diplomas legislativos das regiões autónomas: v. *Diário*, nº 125, de 25 de março de 1976, p. 4.164 e 4.165.

<sup>8</sup> Como se vê ainda da amplitude da reserva de competência absoluta e relativa da Assembleia (art. 164º, alínea b), c), f), g), h) e i), e 167º) e do regime do veto político e por inconstitucionalidade (arts. 139º e 278º).

<sup>9</sup> O art. 172º teve por fonte os arts. 108º, nº 4, e 112º do projeto de Constituição do Partido Popular Democrático, que estabeleciam igualmente a sujeição à ratificação de todos os decretos-leis do Governo. Por sinal, no art. 111º, do mesmo projeto, estabelecia-se outra modalidade de ratificação: a dos decretos-leis do Conselho da Revolução em matéria de exclusiva competência da Câmara dos Deputados, publicados em caso de urgência e necessidade pública, cominando-se a caducidade para a hipótese de não ratificação (art. 111º).

Algo diferente era a configuração do instituto no único outro projeto que estabelecia a ratificação, o do Centro Democrático Social (arts. 88º, nº 6; 91º, nº 3, e 92º).

Mas a redação do art. 172º foi dada após a 2ª Plataforma de Acordo Constitucional. O primeiro texto da 5ª Comissão da Assembleia Constituinte era mais circunscrito, pois excluía da ratificação os decretos-leis do Governo publicado fora do funcionamento efetivo do Parlamento (arts. 51º, alínea c), e 60º). E o progresso resultou, não dos Pactos diretamente (que não contemplavam a ratificação), mas da própria lógica da

A ratificação da Assembleia da República ficou ainda sujeita a legislação provisória que o Governo teve de fazer para harmonizar a estrutura, a competência e o funcionamento dos órgãos do município e da freguesia com o disposto na Constituição, bem como para estabelecer o regime das primeiras eleições dos órgãos dessas autarquias locais, por a publicação de tal legislação ter sido posterior à entrada em funcionamento do sistema constitucional de órgãos de soberania (arts. 303º e 294º). Mas, apesar de se tratar de uma derrogação à reserva de competência do art. 167º, alíneas f) e h),<sup>10</sup> a ratificação não se apresentava aí com qualquer traço particular de confirmação ou sanção, correria “nos termos gerais” (art. 303º, nº 3).

Além da ratificação de decretos-leis, a Lei Fundamental atual prevê a ratificação pela Assembleia dos decretos do Presidente da República de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência que exceda trinta dias, sob pena de caducidade no termo deste prazo (arts. 137º, nº 3, e 165º, alínea b). Enquanto que em todas as Constituições anteriores a suspensão de garantias pertencia às Câmaras<sup>11</sup> e somente não estando elas ou não podendo estar reunidas um órgão do Poder Executivo a podia decretar – embora sem dependência de ratificação salvo na referida revisão de 1971 – na Constituição de 1976 a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência compete ao Presidente da República, autorizado pelo Conselho da Revolução (art. 1459, alínea c),<sup>12</sup> mas não poderá durar mais de trinta dias sem ratificação pela Assembleia da República.<sup>13</sup>

3. Não cabe no escopo destas páginas proceder a uma análise comparativa da ratificação existente ou que já existiu no Direito português com figuras afins que se encontram nos ordenamentos constitucionais doutros países.

Apesar disso, importa recordar que o chamado *bill* de indenidade tem origem no Direito britânico e que o exercício de funções legislativas por órgãos do Poder Executivo em certas condições de necessidade tem levado as Constituições de vários países, inspiradas numa mais radical separação de poderes do que a nossa, a conceber formas mais ou menos precisas de sanção, de confirmação ou de fiscalização desses atos pelos respectivos Paramentos.

Segundo Dicey, os atos de indenidade, destinados a adotar providências que tomassem o lugar de providências ilegais ou a exonerar infratores das leis, baseavam-se no princípio da soberania do Parlamento: esta soberania compreendia o poder de legalizar

---

democracia representativa prevalecente no 2º Pacto. O que a 1ª Plataforma previa era – na linha da Lei nº 3/74, de 14 de maio (art. 139, nº 1, 2º) – a sanção pelo Conselho da Revolução de diplomas dimanados da Assembleia Legislativa e do Governo em certas matérias (D. 3. 2, c, e 5. 6.).

O art. 172º seria aprovado por unanimidade. *V Diário*, nº 117, de 11 de março de 1976, p. 3.874-3.875.

<sup>10</sup> E não de uma autorização legislativa *sui generis*: v. o nosso O Direito Eleitoral na Constituição, *in Estudos sobre a Constituição*, II Lisboa, 1978, p. 478, nota.

<sup>11</sup> Constituição de 1822, art. 211º Carta, art. 145º, § 34º; Constituição de 1838, art. 32º; Constituição de 1911, art. 26º, nº 16º; Constituição de 1933, art. 91º, nº 8.

<sup>12</sup> Carta, art. 1459, § 34º; Constituição de 1838, art. 32º, §§ 1º, 2º, 3º, 5º e 6º; Constituição de 1911, art. 26º, nº 16º, §§ 1º, 2º e 3º; Constituição de 1933, até 1971; citado art. 10º; § 5º.

<sup>13</sup> Fontes: o art. 7º, nº 12 da Lei nº 3/74, de 14 de maio, a 1ª Plataforma de Acordo Constitucional (D. 3. 2, K) e a 2ª Plataforma [2. 3. d), 2. 4. e 3. 6, b].

a ilegalidade.<sup>14</sup> Mas, como é óbvio, tal fundamentação dificilmente poderia ser aduzida para justificar a prática seguida na monarquia constitucional portuguesa.

Nítido caráter de convalidação oferece a conversão pelo Parlamento das providências provisórias, com força de lei que, em Itália, o Governo adota, em casos extraordinários de necessidade e urgência. Tais providências serão no próprio dia submetidas às Câmaras e estas serão imediatamente convocadas, mesmo se dissolvidas, para se reunirem dentro de cinco dias; a eficácia dos decretos-leis donde constarem cessará retroativamente se não forem convertidos em leis nos sessenta dias posteriores à sua publicação. As Câmaras podem regular, todavia, as relações jurídicas emergentes dos decretos não convertidos (art. 77º da Constituição de 1947).<sup>15</sup>

Análogo é o sistema da nova Constituição espanhola, a qual prevê a publicação de decretos-leis em caso de extraordinária e urgente necessidade, contendo disposições legislativas provisórias. Os decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos ao Congresso, convocando, se não estiver reunido, no prazo de trinta dias após a sua publicação, e o Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro desse prazo sobre a convalidação ou a revogação das disposições (art. 86º).

Ratificação-confirmação parece ser, por seu turno, o que se passa em França, onde, para execução do seu programa, o Governo pode solicitar ao Parlamento autorização para, mediante decretos-leis e durante um prazo limitado, tomar medidas que pertencem normalmente ao domínio da lei. Os decretos-leis caducarão se o projeto de lei de autorização não for apresentado ao Parlamento antes da data fixada pela lei de autorização (art. 38º da Constituição de 1958).

De certo modo, a meio entre a confirmação e a fiscalização vem a ser a modalidade consagrada na Constituição brasileira de 1967-1969. Aí o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, poderá expedir decretos-leis sobre segurança nacional, finanças públicas e cargos públicos. O decreto-lei será submetido pelo Presidente ao Congresso que o aprovará ou rejeitará dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo. Se nesse prazo não houver deliberação, o texto será tido por aprovado. A rejeição não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (art. 55º).

## II

4. Como acaba de se ver, a ratificação surge no presente Direito constitucional português sob duas feições bem distintas com regimes outrossim diferenciados, ainda

<sup>14</sup> Embora palpável a influência do texto de 1971, há diferenças entre um e outro texto. Naquele, a declaração do estado de sítio pelo Governo era "a título provisório"; no texto de 1976 a declaração por prazo não superior a trinta dias é para todos os efeitos definitiva. No texto de 1971, o estado de sítio declarado pelo Governo não poderia durar mais de noventa dias sem que o decreto-lei fosse ratificado, salvo se a reunião da Assembleia Nacional continuasse a ser absolutamente impossível; no texto de 1976 o estado de sítio ou de emergência cessa necessariamente no trigésimo dia, desde que não ocorra a ratificação.

<sup>15</sup> *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10ª ed., Londres, 1959, reimpressão de 1965, p. 49-50 e 232 e ss. Cfr. Luigi Rossi, *Il "bill cTindemnitá"*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, V, Milão, 1939, p. 257 e ss.

que conexas: é a ratificação pela Assembleia da República da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência que exceda trinta dias (arts. 165º, alínea b), e (139º, nº 3) e é a ratificação pela mesma Assembleia dos decretos-leis do Governo, salvo os respeitantes à organização e ao funcionamento deste (arts. 165º, alínea c), e (172º).

Em primeiro lugar, a ratificação da declaração do estado de sítio ou de emergência por período superior a trinta dias é juridicamente necessária para que qualquer desses estados possa prolongar-se para além dos trinta dias (art. 137º, nº 3). Se ela não ocorrer, a declaração caducará no termo desse prazo (art. 165º, alínea b).

Pelo contrário, a ratificação de decretos-leis do Governo nunca é juridicamente necessária. Nenhum decreto-lei carece de ratificação para continuar em vigor; todos os decretos-leis lhe estão sujeitos, mas somente há lugar a ratificação, produzidos certos pressupostos constitucionais; a concessão de ratificação não afeta a situação do decreto-lei ratificando; o que modificará a situação jurídica preexistente será ou a recusa de ratificação, ou a ratificação com suspensão de execução<sup>16</sup> ou a ratificação com emendas.

Em segundo lugar, o processo de ratificação do decreto de declaração do estado de sítio ou de emergência não depende de nenhum ato específico de iniciativa e vem a ser desencadeado obrigatoriamente – e até podia sê-lo automaticamente – em termos que, à falta de preceito constitucional, são regulados pelo Regimento da Assembleia da República (art. 174º).

Pelo contrário, o processo de ratificação de decretos-leis implica uma iniciativa a cargo de um determinado número de Deputados (mas nunca de um só Deputado, como pode ser em qualquer processo legislativo), iniciativa essa que só pode ser exercida em certo tempo. E o número de Deputados exigido e o número de reuniões plenárias do Parlamento até quando pode ser requerida a sujeição a ratificação variam consoante se trate de decretos-leis publicados durante o funcionamento ou de decretos-leis publicados fora desse funcionamento ou no uso de autorizações legislativas (art. 172, nºs 1 e 2).

Em terceiro lugar, a ratificação da declaração do estado de sítio ou de emergência, não obstante inserida entre as competências de fiscalização da Assembleia da República, traduz-se num ato sob a forma de lei (art. 169º, nº 2), como se compreende, porque tanto o decreto de declaração como a sua ratificação assumem conteúdo legislativo por se projetarem sobre direitos fundamentais. E, naturalmente, também – admitindo a sua possibilidade (por exemplo, quanto aos direitos, liberdades e garantias suspensos) – a ratificação com emendas do decreto de declaração. Já não a recusa de ratificação, equivalente a rejeição de um projeto ou proposta de lei, inútil por a não ratificação determinar caducidade e a Constituição não permitir à Assembleia deliberar sobre o estado de sítio ou de emergência de duração não superior a trinta dias.

<sup>16</sup> Cfr. ESPOSITO, Carlo. Decreto-legge, in *Enciclopédia dei Diritto*, XI, 1962, p. 831 e ss.

Pelo contrário, quer a ratificação, quer a recusa de ratificação de decretos-leis tomam a forma de resolução (art. 169º, nº 4 e 174º, nº 4),<sup>17-18</sup> publicada independentemente de promulgação e não dependente de *vacatio legis*.<sup>19</sup> Nem conteúdo legislativo possui a recusa de ratificação, a qual, ao invés da revogação (art. 79, nº 4 do Código Civil), determina repristinação.<sup>20</sup> Lei só existe se a Assembleia da República, concedendo a ratificação com emendas, vem a introduzir alterações ao decreto-lei (art. 172º, nº 3), mas nem por isso deixa de haver – e tem de ser publicada – a resolução de ratificação.

Dois elementos, contudo, apresentam de comum os dois institutos: a fixação do objeto do processo não pela Assembleia da República, mas pelo órgão que pratica o ato sujeito a ratificação, e a relativa disponibilidade desse ato e, portanto, do processo de ratificação por tal órgão; e a não produção retroativa de efeitos da deliberação parlamentar.

A ratificação, num caso e noutro, oferece-se ato de segundo grau, pois somente tem sentido enquanto permanece o ato a ela sujeito. Logo, se o Presidente da República revogar o decreto de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência que deva durar mais de trinta dias antes de a Assembleia deliberar – depois é diferente – ou se o Governo revogar o decreto-lei, embora no decurso da sua apreciação, qualquer dos processos extinguir-se-á (arts. 177º e 186º do Regimento);<sup>21</sup> assim como, se o Governo modificar o decreto-lei, será sobre o decreto-lei modificado que continuará o processo de ratificação.

A Assembleia não dispõe sobre o estado de sítio ou o estado de emergência declarado, dispõe sobre se ele deve ou não prolongar-se a contar do trigésimo primeiro dia; e não dispõe sobre o decreto-lei na fase anterior à sua decisão, dispõe sobre se o decreto-lei deve deixar de vigorar ou se deve continuar em vigor, como está ou com modificações.

5. Diversas vêm a ser as funções de um e outro instituto e o sentido dos tipos possíveis de atos em que desembocam os respectivos processos.

A ratificação da declaração de estado de sítio ou de emergência significa uma renovação e, mais do que isso, uma verdadeira assunção da própria declaração enquanto concebida para durar mais de trinta dias. De certo modo, a Constituição distingue duas espécies de declaração de estado de sítio ou de emergência consoante a sua extensão: para um período relativamente curto, ela compete ao Presidente da República, autorizado pelo Conselho da Revolução, sem interferência do

<sup>17</sup> O art. 172º, ao invés do art. 109º § 3º da Constituição de 1933, não fala em suspensão da execução, mas esta deve admitir-se de harmonia com o princípio de que quem pode o mais pode o menos e está prevista no art. 185º, nº 2, do Regimento da Assembleia da República. Pois exemplos recentes de ratificação com suspensão acham-se nas resoluções nºs 42 e 150, 179, de 15 de fevereiro e de 17 de maio.

<sup>18</sup> Na Constituição de 1933, a recusa tomava a forma de aviso (art. 109, § 3º).

<sup>19</sup> Assim como a suspensão da execução do decreto-lei, no todo ou em parte (citado art. 185º, nº 2 do Regimento).

<sup>20</sup> Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, p. 347.

<sup>21</sup> Assim: TELES, Miguel Galvão, *Direito Constitucional Português Vigente – Sumários*, policopiados, Lisboa, 1971, p. 77. Nota; MIRANDA, Jorge, *Ciência Política e Direito Constitucional*, policopiado, II, 1973, p. 327; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 347.

Parlamento (que até poderia não estar em condições de deliberar a tempo em face dos circunstancialismos); mas para um período mais longo (e em que poderão mais gravemente ser afetados os direitos, liberdades e garantias), compete à Assembleia da República; e, ratificada a declaração, só ela e não o Presidente da República, a poderá modificar, suspender ou revogar para além do trigésimo dia, porque tudo se passa como se houvesse uma nova declaração.

A não ratificação significa a rejeição da declaração nesta segunda modalidade, com a consequente cessação de efeitos da declaração anteriormente decretada ao expirar o prazo de trinta dias.

Já a ratificação de decretos-leis não vale autonomamente. É isto inequívoco quanto à chamada ratificação tácita, em que a Assembleia nenhuma vontade chega a manifestar nem sequer exerce a competência de ratificação;<sup>22</sup> e também o é quanto à ratificação sem emendas, em que a Assembleia, chamada a pronunciar-se sobre certo diploma, manifesta uma vontade sem conteúdo inovador na ordem jurídica e sem efeitos afora os que se reportam ao exercício das competências da mesma Assembleia; e nada impede o Governo de, a despeito da ratificação concedida, vir posteriormente revogar ou modificar o decreto-lei.

Os decretos-leis publicados pelo Governo não têm uma eficácia provisória, a qual só se transformaria em definitiva quando operasse a ratificação,<sup>23</sup> nem são atos legislativos imperfeitos.<sup>24</sup> Estão, por certo, pendentes de condição; porém, não de condição suspensiva, e sim de condição resolutiva. Não há uma situação de incerteza ou de incompleição que apenas acabe com a ratificação, tácita ou expressa,<sup>25</sup> mas uma situação de plena certeza e perfeição jurídica na qual pode sobrevir a não ratificação, que nunca é retroativa. O prazo para requerer a sujeição à ratificação é apenas o prazo para a opção, no caso de uma postura crítica ao decreto-lei, entre a utilização de dois processos constitucionais e regimentais para fazer cessar a sua vigência ou para o modificar, o processo legislativo e o processo de ratificação.

E isso é assim em virtude da distribuição das competências legislativas levada a cabo pela Constituição de 1976. Pois que, com todas as limitações conhecidas, o Governo não é órgão legislativo não autónomo<sup>26</sup> ou não primário<sup>27</sup>, quanto mais não seja porque tem competência legislativa vinda diretamente da Constituição. O Governo pode tomar decisões legislativas válidas e eficazes sem dependência

<sup>22</sup> No caso de revogação de decreto-lei, se ela ocorrer durante a apreciação na especialidade, poderá qualquer Deputado adotar o decreto-lei como projeto de lei (art. 186º, nº 2).

<sup>23</sup> A impropriamente chamada ratificação tácita é, na realidade, uma ficção jurídica, construída sobre o silêncio da Assembleia (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 346).

<sup>24</sup> Como sustenta MACHETE, Rui. Ratificação de decretos-leis organicamente inconstitucionais, *in Estudos Sobre a Constituição*, I, Lisboa. 1977, p. 284.

<sup>25</sup> Como dizem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 345 e 347.

<sup>26</sup> A prática de não serem publicadas as resoluções de ratificação, mormente quando há ratificação com emendas, embora constitucionalmente incorreta, demonstra isso mesmo, sem que se justifique afirmar que prolonga a insegurança legislativa (contra, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 347).

<sup>27</sup> À face da Constituição de 1933, CRUCHO DE ALMEIDA, Assembleia Nacional, *in Dicionário Jurídico da Administração Pública*, I, p. 492.

de sanção da Assembleia<sup>28</sup>; por sua vez, esta pode, observados os requisitos do art. 172º, chamar a si a última palavra sobre a subsistência de tais decisões; e é apenas nesta medida que o Governo se diz órgão legislativo subordinado. Nisto consiste o instituto do prisma das relações entre o Governo e Parlamento.

Parante a massa de decretos-leis publicados pelo Governo para acorrer a todas as exigências da vida econômica, social e administrativa dos nossos dias, o que releva é a não ratificação, ou seja, a vontade direta da Assembleia de contrariar, de impedir a subsistência de certo e determinado decreto-lei, e não a ratificação, ou seja, a vontade de o deixar ficar como está, de o manter em vigor. E é através desse poder de veto resolutivo<sup>29</sup> – o mais das vezes a ser acionado pela oposição<sup>30</sup> – e não de um poder legislativo complementar do poder legislativo gerador do decreto-lei que a Câmara projeta específica ou mais vincadamente o seu papel – ao passo que na ratificação da declaração de estado de sítio ou de emergência tem de haver forçosamente, sob pena de caducidade, uma vontade insuperável e autônoma de prolongar ou não qualquer desses estados, de lhe conferir ou não certa duração.

Que não se trata tanto de assumir (ou de não assumir) o dispositivo do decreto-lei quanto de impedir (ou de não impedir) a sua conservação, que não se trata tanto de, aberto o processo se dar a ratificação quanto de ser possível verificar-se a sua recusa, resulta, simultânea e inversamente, das maiores exigências da iniciativa do processo de ratificação em confronto com as da iniciativa do processo legislativo e do caráter mais expedito e algo sumário da marcha do processo de ratificação em confronto com a marcha do processo legislativo. Tal regime não se compreende senão vendo o instituto dirigido para a conclusão negativa – não ratificar – e não para a conclusão positiva – ratificar – pois para tudo ficar na mesma não se justificaria nem a prioridade da ratificação na fixação da ordem do dia da Assembleia (art. 67º, nº 5 do Regimento), nem a dispensa da fase de consulta ou exame em comissão (art. 182º, nº 1), nem a tramitação da discussão na especialidade (art. 185º), nem a não sujeição da resolução de não ratificação (bem como, todavia, da resolução de ratificação) a promulgação do Presidente da República (art. 169, nº 5 da Constituição), nem a expressa cominação da cessação de vigência do decreto-lei desde o dia da publicação da resolução no *Diário da República* (art. 172, nº 4).

Por seu turno, a ratificação com emendas apresenta-se como algo de misto. Se a sua concessão significa, à partida, o prevalecer de uma posição favorável ao decreto-lei na generalidade, não deixa de significar também uma intenção de consideração do seu conteúdo na especialidade para, eventualmente, numa segunda fase, lhe trazer modificações. De qualquer sorte, decisão legislativa só existe quanto às modificações

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1977, p. 339.

<sup>29</sup> Sobre o conceito de sanção, v. o nosso *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, p. 133 e 134, e autores citados.

<sup>30</sup> Assim, já os nossos *Contributo...*, cit., p. 143, nota, e *Decreto*, cit., p. 26; TELES, Miguel Galvão, *op. cit.*, p. 33-34; e CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª ed., II, Lisboa, 1972, p. 609, e *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., II, Lisboa, 1972, p. 1.179.

adotadas ou rejeitadas ou, porventura, quanto à suspensão de execução do decreto ratificando, não quanto à ratificação em si.

6. Pode a ratificação (expressa, claro está) vir a ter algum efeito sobre a inconstitucionalidade orgânica de que esteja ferido, por violação da norma de reserva relativa do art. 167º da Lei Fundamental (não da norma da reserva absoluta do art. 164º), qualquer decreto-lei do Governo? O que acaba de ser dito e ainda outras considerações levam a supor que não.<sup>31</sup>

A ratificação não tem que ver com uma fiscalização jurídica, tem que ver com uma fiscalização de mérito, de oportunidade, de conveniência política. O art. 165º separa bem a ratificação da vigilância pelo cumprimento da Constituição (art. 165º, alíneas a) e d). E isso ainda é mais claro na Constituição atual do que na Constituição de 1933: ao passo que nesta, a Assembleia Nacional tinha o poder de declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (art. 123º, parágrafo único, e, após a revisão constitucional de 1971, (art. 91º, nº 2 *in fine*)<sup>32</sup> hoje facultade análoga só pertence a um órgão específico de garantia da constitucionalidade – até à primeira revisão constitucional, o Conselho da Revolução (arts. 280º, nº 2 e 281º).

Por outro lado, a competência de qualquer órgão é sempre de interesse e ordem pública e, por conseguinte, sempre indisponível. A possibilidade de autorizações legislativas em certas matérias não significa que a Assembleia da República possa dispor da sua competência legislativa dela abrindo a mão, o que lhe permitiria *a posteriori*, por via de ratificação, obter um resultado perfeitamente semelhante. As autorizações legislativas têm de ser entendidas nos seus precisos termos constitucionais, como o pressuposto de um alargamento da competência primária dada ao Governo, e nunca como qualquer espécie de transferência de poderes.

Nem existe correspondência entre autorização legislativa – que toma a forma de lei (art. 169º, nº 2) e caduca com a exoneração do Governo, o termo da legislatura e a dissolução do Parlamento (art. 168º, nº 3) – e ratificação, já que, observados os prazos do art. 172º, podem ser submetidos a ratificação decretos-leis publicados por um Governo anterior ou no domínio de uma anterior Câmara;<sup>33</sup> e pode mesmo entender-se que, desencadeado o processo ratificativo na Assembleia velha, ele prossegue, sem necessidade de renovação da iniciativa – ao contrário do que sucede com a iniciativa legislativa (art. 170º, nº 4) – na Assembleia nova.

<sup>31</sup> A iniciativa de sujeição de decretos-leis à ratificação pode ser uma forma de exercício do direito de oposição: *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, p. 405.

<sup>32</sup> A favor da sanção, v. parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais de 21 de dezembro de 1976. *in Diário da Assembleia da República*, 1ª sessão legislativa, suplemento ao nº 59, p. 1.904 (9); e RUI MACHETE, *op. cit., loc. cit.*, p. 286 e ss. Contra: J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 348; declaração de voto do vogal AMÂNCIO FERREIRA, *in Parecer nº 7/79*, de 13 de março de 1979, da Comissão Constitucional (neste parecer, a Comissão não chegou propriamente a tomar posição sobre o assunto).

<sup>33</sup> Mas mesmo à face da Constituição de 1933, considerávamos que nem por isso a ratificação poderia equivaler a convalidação de decretos-leis inconstitucionais (*Decreto*, cit., p. 42). Diversamente, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO (Natureza jurídica da Lei de Meios, *in Scientia Juridica*, 1968, p. 199-200) afirmava que ratificação verdadeira e própria seria apenas a de decretos-leis sobre matérias de exclusiva competência da Assembleia Nacional sem autorização legislativa, ficando depois as suas normas a vigorar com fundamento na competência desta, e não na do Governo.



Mas decisiva contra a possibilidade de sanação de inconstitucionalidade orgânica por ratificação vem a ser a circunstância de a recusa da ratificação ter efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc*. O decreto-lei não ratificado deixa de vigorar desde o dia de publicação da respectiva resolução (art. 172º, nº 4)<sup>34</sup> – o que implica uma total irrelevância da vontade política manifestada pelo Parlamento relativamente a esse decreto-lei no período da sua vigência. Ora, sendo assim, tão pouco poderia vir a ratificação a produzir efeitos sobre esse período, de modo a fazer desaparecer os vícios de que o decreto-lei estivesse, porventura, inquinado.

Tão pouco a ratificação equivale a confirmação, no sentido de tornar simplesmente insusceptível de arguição para o futuro a inconstitucionalidade orgânica. Como, ratificando, a Assembleia da República não assume, nem adota o decreto-lei, mas apenas não veda a sua subsistência, de tal ratificação não pode decorrer qualquer consequência quanto ao destino do decreto-lei.

E não se diga que na ratificação há, pelo menos, uma vontade política concordante com o conteúdo do decreto-lei por parte do órgão legislativo competente (a Assembleia da República), pelo que se não perceberia que se não considerasse o alcance útil dessa vontade. É indiscutível que há essa vontade política, mas uma vontade política diferente da vontade legislativa, uma vontade formada *a posteriori* perante situações criadas ou fatos consumados pelo decreto-lei e que a Assembleia, tudo ponderado, poderá não querer ou sentirá não poder quebrar; há uma vontade política, mas, por isso mesmo, uma vontade que não se ocupa, nem deixa de se ocupar, da situação em que juridicamente se encontre o decreto-lei; e uma vontade que não poderá precluir a intervenção do órgão de fiscalização da constitucionalidade ou afetar os direitos dos cidadãos em geral.

De resto, se se admitisse a sanação ou até a confirmação de decretos-leis organicamente inconstitucionais, poderia na prática ficar gravemente comprometida a norma do art. 167º da Lei Fundamental. O Governo poderia sentir-se livre de invadir a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, contando com a posterior ratificação da maioria parlamentar que o apoiasse<sup>35</sup>, apesar de não poder evitar o risco político de um debate ou de uma multiplicidade de debates sobre os seus diplomas inconstitucionais provocados pela Oposição.

Isto vale igualmente para a lei emergente da ratificação com emendas. Porque, mesmo se então um processo legislativo verdadeiro e próprio se enxerta no processo de ratificação, certo é que se trata de um processo legislativo especial, reduzido ou centrado nas emendas propostas e não em todo o decreto-lei na especialidade. Ora, se quanto às emendas aprovadas, obviamente não poderá haver confirmação, tão pouco poderá ela dar-se quanto às disposições não alteradas (pelo menos, quanto àquelas não objeto de propostas de alteração), por não terem sido sequer objeto da decisão positiva da Assembleia da República.

Não se vê, portanto, como o fato de se chegar a uma lei com alterações ao decreto-lei possa trazer qualquer coisa de diverso relativamente à ratificação que

<sup>34</sup> Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 346.

<sup>35</sup> Já, aliás, era assim na Constituição de 1933.

antes se verifique. A única vontade legislativa que então se encontra é, não no sentido de manter ou assumir o decreto-lei, mas de o alterar. No resto, a situação é, *mutatis mutandis*, paralela à da chamada ratificação tácita: assim como não pode haver confirmação de decretos-leis nem sequer discutidos na Assembleia em processo de ratificação, também não pode haver confirmação de preceitos legais nem sequer discutidos na Assembleia na fase complementar da ratificação com emendas.

7. Se bem que menos complexos, alguns problemas coloca, por sua banda, a recusa de ratificação de decretos-leis.

A recusa de ratificação – ou a ratificação com emendas – impede a Assembleia da República de aprovar ulteriormente uma lei de conteúdo idêntico ao do primitivo decreto-lei? Não impede de modo algum, até porque só então a Assembleia exercerá competência legislativa. E nada obsta sequer a que tal lei venha a ser aprovada na mesma sessão legislativa, porquanto não terá havido antes um projeto ou uma proposta de lei rejeitado (para efeito do art. 170º, nº 3).

Em contrapartida, a recusa de ratificação – ou a ratificação com emendas – impede o Governo de republicar o decreto-lei. Tem de ser assim, para que se não frustre a intervenção da Assembleia e porque não bastaria, para defesa da sua competência fiscalizadora, a repetição de iniciativas de sujeição a ratificação<sup>36</sup>. O problema não é de mera responsabilidade política.

Algo duvidoso são, porém (exceto quanto aos decretos-leis publicados no uso de autorizações legislativas, visto que estes estão sujeitos às regras do art. 168º) o limite temporal dessa restrição da decisão legislativa do Governo e o vício de que estará eventualmente ferido o decreto-lei que o não respeite.

Seria descabido que o Governo ficasse, de uma vez para sempre, tolhido no poder de legislar sobre matérias versadas em decreto-lei de ratificação denegada pela Assembleia da República. Na falta de preceito expresso, parece razoável supor que a impossibilidade de renovação não deva ir além da sessão legislativa seguinte<sup>37</sup> – por analogia, remota embora, com a possibilidade de renovação da iniciativa legislativa – ou, quando muito, do início da legislatura imediata<sup>38</sup> ou da primeira reunião da nova Assembleia eleita.

Se o Governo, entretanto, voltar a publicar o decreto-lei, poderá entender-se que ele estará inquinado de inconstitucionalidade orgânica, porque até àquele limite o Governo aparece com a sua competência legislativa diminuída na medida da resolução da Assembleia da República de não ratificação. Trata-se de um fenómeno de preclusão de competência que tem um paralelo, pelo menos, no que se verifica com os tratados que, não tendo de ser necessariamente aprovados pelo Parlamento, apesar disso lhe sejam submetidos pelo Governo (art. 164º, alínea j), *in fine*)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 348.

<sup>37</sup> Neste sentido, MIGUEL GALVÃO TELES, *op. cit.*, p. 34; MIRANDA, Jorge, *Decreto*, cit., p. 27-28; de algum modo. Deputado MARIO DE FIGUEIREDO, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, 1951, nº 106, p. 999.

<sup>38</sup> Assim já, *Decreto*, cit., p. 28.

<sup>39</sup> TELES, Miguel Galvão, *op. cit.*, p. 34.

# O mito da democracia

Luiz Fabião Guasque\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Movimentos por igualdade na história recente. 3. A evolução da democracia como representação. 4. O redimensionamento das relações Estado-Indivíduos. 5. Democracia: sistema de construção de igualdade a partir das individualidades.

### 1. Introdução

A história da humanidade é a da dominação do homem pelo homem e a luta por liberdade representa a insurgência contra a submissão de um humano a outro.

Esse conflito no mundo antigo sempre se apresentou como a imposição pela força, exercida sobre quem se contrapunha a esta dominação.

Mas esse contraste não buscava outra realidade, senão que todos tivessem o mesmo valor, a efetividade da possibilidade de ser igual, afastando a luta violenta, que ao longo da história humana foi encontrando flexibilidades em relação a força bruta, com alternativas como escrever os direitos fundamentais de cada povo, conceber garantias para assegurá-los, criar estruturas de repartição do poder para possibilitar controle contra o arbítrio e a prepotência dos poderosos e permitir a igualdade.

Aí o Mito demos = povo, cracia = governo revela sua impropriedade, pois se a Democracia Grega é o governo do povo, resta saber: quem é o povo?

Na Atenas clássica, povo designava apenas os nobres, com exclusão das mulheres, dos gentios e dos povos dominados, o que revela um governo aristocrático, desvinculado da ideia que expressa: o governo pertence ao povo.

Na história antiga, a busca por liberdade vai encontrar na República Romana a vontade política de criar um sistema de igualdade. A imensidão do Império Romano e a necessidade de criar a igualdade entre patrícios (cidadãos Romanos) e os plebeus (povos dominados) levaram à criação de um sistema de difusão de informações e repartição de decisões jamais visto na história da evolução organizativa dos sapiens.

O Império Romano, para se manter unido, precisava dar o mesmo valor jurídico a todos, pois a extensão e aplicação do Direito aos vários grupos sociais tinham que ser feitas de forma a atender os costumes, a cultura, os valores de cada um desses

---

\* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

numerosos povos, que faziam parte da República, tendo acesso aos cargos públicos, as magistraturas, aos órgãos de deliberação e de elaboração das leis etc.

Essa identidade também trazia uma necessidade não só de defesa, mas de ampliação dos mecanismos de conquista, pois os judeus e outros povos dominados, e o filme Ben Hur mostra bem isso, tinham uma habilidade especial em relação a cavalos, que se apresentavam como uma importante arma de guerra. A infantaria, principal força de ataque do exército, se mostrava inferior a cavalaria, que devidamente preparada, se apresentava muito mais eficiente.

Foi nesse ambiente que os Romanos construíram um sistema de igualdade entre patrícios e plebeus, criando o Tribunato da plebe, que por ser reconhecido pelo Senado como sacrossanti, tinha seus membros como invioláveis e com o dever de realizar essa igualdade de valor jurídico.

Esse sistema também apresentava a maior difusão de informações e repartições de decisões da história humana, através de assembleias populares, com a possibilidade de revogação da lei pelo povo, eleições para os cargos políticos, iniciativa popular das leis, bem como a construção do justo a partir do fato social. Os Pretores (magistrados) que davam a fórmula do justo, a partir do fato social, criavam a jurisprudência fundada em três princípios: *honesto vivere* (não abusar do seu Direito); *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém); *cui cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Com base neles, afastavam até preceitos do *Corpus Iuris Civilis*, desde que a solução ali posta não alcançasse um resultado justo.

A execução da fórmula, por sua vez, era realizada por outro magistrado, um Consul, ou qualquer integrante de outras magistraturas.

Esse sistema, idealizado para possibilitar ser igual, era basicamente desenvolvido como o meio para difundir informações e repartir decisões, possibilitando que da ampla discussão de todos os valores envolvidos, se pudesse encontrar o justo, da forma mais transparente e controlada possível.

Se opunha a concepção que dominou o Império, onde o sistema concentrava as informações e a decisão nas mãos do Imperador, ou seja, todo o processo decisório era desenvolvido em um só lugar.

Mas essa luta pela igualdade de valor entre os homens nos revela a relação direta entre as superposições das funções da soberania para a efetividade do valor de cada ser social.

Há quase três séculos, ante a neutralidade atribuída ao juiz, era inconcebível, para Montesquieu, o exercício de atividade outra que não a de mera subsunção, o que afastava o exercício de qualquer operação valorativa que terminasse por adequar a norma aos fluxos sociais.

O juiz deveria seguir a “letra da lei” e os entendimentos do juiz deveriam ser fixos, de modo que nunca fossem mais do que um texto preciso da lei, concepção que se mostrava necessária por ser o Poder Judiciário “um poder terrível entre os homens”. Somente o legislativo, especificamente o Corpo dos Nobres, poderia valer-se

da equidade ao apreciar as matérias jurisdicionais que lhe eram atribuídas, como julgar os aristocratas e as demais figuras preeminentes, o que decorreria de sua participação na produção normativa, tendo autoridade para “moderar a lei em favor da lei, pronunciando-se menos rigorosamente que ela”.

Esse dualismo de jurisdição, para os pobres a lei e para os ricos a equidade, ou seja, a igualdade entre eles mesmos e de acordo com as regras por eles ditadas, era o dualismo que caracterizava o sistema constitucional inglês à época, sendo justificável, por um argumento de igualdade apenas entre os iguais, o que revela no Direito a proteção dos que têm contra os que não têm, onde sua justificativa era por ser “necessário que os juízes sejam da condição social do acusado ou seus pares”<sup>1</sup>.

Portanto, esse contraste em visões de igualdade ante o sistema jurídico demonstra o protagonismo que o Poder Judiciário tem na construção da possibilidade de ser igual para a realidade de um Estado justo e são.

Nesse sentido, o conceitualismo jurídico deve sobreviver agarrado metodologicamente a lição de Savigny em Marburg (1802): cabe ao jurista construir um sistema de conceitos jurídicos a partir das normas de direito positivo, com base na crença do poder genérico dos conceitos.<sup>2</sup>

Na história constitucional britânica, o princípio da separação dos poderes tem sua gênese na necessidade de limitação dos poderes reais, permitindo a contenção do arbítrio e o respeito às liberdades individuais.<sup>3</sup>

## 2. Movimentos por igualdade na história recente

A construção desses sistemas, através da ciência do Direito, nos demonstra que a Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) são movimentos na busca dessa igualdade. Os americanos se sentiam injustiçados por pagarem altos impostos a Coroa Britânica sem a menor contrapartida para suas 13 colônias e os franceses, por serem os únicos a pagar impostos para manter os luxos da burguesia.

É certo que a humanidade já havia experimentado movimentos em prol de igualdade, como a *Magna Carta Libertatum* (1215), confirmada em 1225 e novamente ratificada em 1297; o *Statum de tallagio non concedendo*, de 1297; o *Petition of rights*, de 1628; o *Habeas corpus act*, de 1679; o *Bill of rights*, de 1689; o *Act of settlement*, de 1701, que encontraram, no meado do século XVIII, uma atmosfera propícia à implantação das ideias de liberdade e igualdade, valores que aparecem pela primeira vez nas declarações de Direitos das colônias americanas e serão repetidos na Revolução Francesa.

Mas a ideia de igualdade expressa uma consciência inata da nossa espécie e começa a ser construída há 30 mil anos antes da era cristã. Na época dos caçadores

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livro XI, Capítulo VI, apud SIEYÉS, Abade, *Exposição refletida dos Direitos do Homem do Cidadão. Organização, estudo introdutório e tradução Emerson Garcia*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, *Coleção Clássicos do Direito*. Vol.1 p.51/52.

<sup>2</sup> VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *O Futuro da Justiça*. Lisboa: Nova Veja, p. 103.

<sup>3</sup> SIEYÉS, Abade. *Exposição refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão...*, Vol.1, p.47.

coletores, a ideia de igualdade decorre da divisão da caça. A repartição do alimento começa a construir o que parece justo, igual, equitativo para cada integrante do grupo, de acordo com seu valor na atividade de buscar alimento e da necessidade de prover a prole. É claro que, nestes primórdios da humanidade essa discussão era realizada pela força, mas mesmo nesse ambiente, começa a ser construída a consciência por igualdade, considerando as individualidades: a equidade.<sup>4</sup>

Observações do comportamento de bandos de caçadores-coletores dão suporte a essa ideia. Em geral são bandos altamente igualitários, o que significa que, quando um caçador volta carregando um veado gordo, todos ganham uma parte. Isso também é verdadeiro em relação aos chimpanzés. Quando um chimpanzé caça um porquinho, os demais membros do grupo se reúnem em volta dele com as mãos estendidas e comumente todos ganham um pedaço.

Nesse sentido, o jogo do Ultimato<sup>5</sup> deu uma contribuição significativa para sacudir as teorias econômicas clássicas e estabelecer a mais importante descoberta das últimas décadas no que concerne à economia: sapiens não se comportam segundo uma lógica matemática fria, e sim de acordo com uma cálida lógica social. Somos governados por emoções<sup>6</sup>.

Na neurociência mais avançada, a política é fundamentalmente emocional, por mais que isso pese aos racionalistas ancorados em um iluminismo que há tempos perdeu seu brilho. A partir desse primeiro reflexo emocional que marca nosso universo emocional, procedemos ao processo cognitivo de elaboração e decisão. A impressão vai se tornando opinião... A comunicação de massa se modela mediante a autocomunicação de massa através da *internet* e das plataformas *wi-fi* onipresentes em nossa prática. A dinâmica de construção de uma mensagem simples e facilmente debatível em um universo multiforme conduz à personalização da política. É em torno da liderança possível de alguém que se constrói a confiança na bondade de um projeto.<sup>7</sup>

Alguns cientistas admitem que a consciência é real e efetivamente pode ter grande valor moral e político, mas que isso não desempenha nenhuma função biológica. A consciência é o subproduto biologicamente inútil de certos processos cerebrais. A consciência pode ser uma espécie de poluição mental produzida pelo disparo de redes neurais complexas. Ela não faz nada. Apenas está lá. Se for verdade, isso implica que toda dor e todo o prazer experimentado por bilhões de criaturas durante milhões de anos são apenas poluição mental. Essa é uma ideia na qual vale a pena pensar, mesmo

<sup>4</sup> HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. 12ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

<sup>5</sup> O jogo do ultimato (*Ultimatum game*) é uma das aplicações práticas para se estudar a teoria dos jogos. Em resumo, o jogo do ultimato ocorre da seguinte maneira: a banca concede um prêmio a uma pessoa, o *líder*, que deverá dividi-lo com uma segunda pessoa, o *receptor*, oferecendo-lhe uma oferta. Porém, se o receptor recusar essa oferta, a banca não pagará nada a nenhum dos dois. Fonte: Wikipédia (pt.wikipedia.org).

<sup>6</sup> HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus...*, p.124.

<sup>7</sup> CASTELS, Manuel. *Ruptura, A crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2018.

que não seja verdade. Mas é bem surpreendente constatar que, em 2016, trata-se da melhor teoria relativa à consciência que a ciência contemporânea tem a nos oferecer.<sup>8</sup>

Se nos abstrairmos da ciência da biologia e analisarmos os sistemas de governo a partir da ideia de igualdade, veremos que países que começaram a se constituir de maneira mais igualitária, como por exemplo a Austrália, fundaram regimes de construção de mais igualdade do que outros, onde o início desigual vai determinar a perpetuação da desigualdade, como no Brasil. Sociedades em que prevalece a desigualdade não podem funcionar bem devido ao ressentimento e à insatisfação. Na Austrália, se encontra igualdade de valor que nunca presenciei em outro país. Ao elogiar esta realidade a um australiano, me foi dito que eles partem de uma igualdade de valor que encontra diferenças pequenas a serem realizadas por equidade. Se por um lado são uma sociedade que não pode viver sem bons médicos, também não podem viver sem um bom lixeiro, pois ambos são essenciais ao bem estar social. Se por um lado o médico tem uma atividade mais técnica e menos dependente da força física, por outro não fará o trabalho do lixeiro, pois não está preparado para isso; do mesmo modo o lixeiro, que não tem a capacidade técnica de fazer o trabalho do médico. Todos são fundamentais e a ausência de qualquer deles leva ao caos social. Mas a ambos foi dada a possibilidade de escolher que atividade realizar para prover o seu sustento. Nessa realidade, é comum na sociedade australiana médico e lixeiro frequentarem o mesmo restaurante, pois a diferença salarial expressa esse valor que é dado a ambos.

Lá a colonização partiu de pessoas iguais, condenados na Inglaterra que foram mandados para a Oceania construir uma nação. Todos começaram iguais e o sistema respeitou essa igualdade. Lá não existe aposentadoria pública, mas a todos é assegurado uma renda mínima, saúde, educação e segurança, além de programas de auxílio financeiro a quem tem filhos ou de atribuição de renda a todos de forma a impulsionar o consumo para aquecer a economia.

Na Europa, por exemplo, a ordem imaginada evoluiu de um sistema monárquico para sistemas mais socialistas, ou seja, igualdade de bem estar social. Na Itália, onde o sistema de saúde pública e educação é muito bom, principalmente se comparado ao brasileiro, se o seu pai foi chofer de táxi e tem a permissão para a atividade, esta passará para os herdeiros; da mesma forma o farmacêutico ou quaisquer outra atividade pública concedida. No Brasil, o começo foi inteiramente desigual. Ao loteamento do Brasil em capitanias hereditárias, se seguiu a primeira Constituição Brasileira, o Regulamento Tomé de Souza, que mandava dar títulos de propriedade aos homens importantes da terra. Tomé de Souza era governador geral, mas também capitão mor. O regimento outorgado pelo Rei Dom João III continha as tradicionais disposições de uma Constituição - a organização do Estado, a defesa do território, a organização da produção, a política de preços, e por aí vamos. Sobretudo, dava como missão ao capitão mor submeter e mesmo exterminar a maioria dos índios nativos e fazer aliança com os homens principais da terra. O instrumento desta aliança não era somente a

<sup>8</sup> HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus...*, p.124.

defesa física do território, mas, sobretudo, conceder o direito de propriedade<sup>9</sup>: “dareis de semarias as terras (...) às pessoas que vo-los pedirem”<sup>10</sup>. A República não se afasta dessa motivação, onde os beneficiários dos favores da corte se viram sem o amparo econômico do Imperador.

Ordens imaginadas que começam desigual encontram grande resistência em trazer equidade, igualdade, na distribuição de bens, oportunidades e tratamento.

Isso demonstra que a liberdade política e social, como é intuitivo, está associada a uma relação com outros indivíduos, sendo sempre comunitária: a liberdade, assim, é relativizada pelo ambiente comunitário, o que é mais sentido na realidade da sociedade em rede da era da informação, que pode ampliá-la ou restringi-la, impondo limitação em prol do interesse público, sempre sujeita a críticas e controles e atenta as demandas sociais na sociedade do conhecimento.

Note-se que esta restrição em prol do interesse público não se mostra imune a críticas, com a imposição de limites que devem ser observados e necessariamente norteados por um critério de proporcionalidade (equidade), realçando a importância da jurisdição para a tutela dos valores constitucionais, como o foro natural desse debate e controle.

Mas o dever jurídico decorrente da democracia participativa não é novidade da história recente. É encontrado nas Declarações de Direitos Americanas, como se verifica na da Virgínia: Art.II- todo o poder pertence ao povo e, em consequência, dele emana. As autoridades constituídas são depositárias de sua confiança e devem servi-lo, estando submetidas a ele todo o tempo. Na de Massachusetts: Art. V- Como todo poder reside originalmente no povo e é dele derivado, os vários magistrados e oficiais de governo investidos dessa autoridade, seja legislativa, executiva ou judicial, são os seus substitutos e agentes e são sempre responsáveis perante ele.

Esse dever jurídico é também reconhecido por SIEYÈS no projeto de Declaração de Direitos que, na condição de deputado pela cidade de Paris e Secretário da Assembleia Nacional, entregou ao Comitê encarregado da elaboração da Constituição Francesa: “É um grande erro considerar o exercício do poder público em *direito*. É um *dever*. Os oficiais da Nação não têm, acima dos outros cidadãos, senão maiores deveres; não se enganem, pois estamos longe disso, que ao pronunciar essa verdade se queira depreciar o caráter do homem público. É a ideia de um grande dever a cumprir e, em consequência, de uma grande utilidade para os outros, que fez nascer e justifica as deferências e o respeito que dirigimos a esses homens”.

A expressão da busca desse resultado de controle na finalidade do interesse público, do bem estar social, é expressa nos artigos: XXIX: “A Constituição dos poderes públicos deve ser sempre ativa, sempre própria a cumprir a sua destinação; *eles não*

<sup>9</sup> FAORO, Raymundo. In: FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *A Favor da Democracia*. Pernambuco: Massangana/Bagaço, 2004, p. 19.

<sup>10</sup> Artigo 9, do Regimento que levou Tomé de Souza a Governador do Brasil. Almerin 17/12/1548. Lisboa, AHU, Códice 112, fls 1/9.



*podem jamais se desviar em detrimento do interesse social" e XXX: "Uma função pública jamais pode se tornar propriedade daquele que a exerce; seu exercício não é um direito, mas um dever".<sup>11</sup>*

### 3. A evolução da democracia como representação

A impossibilidade de tomada de decisões coletivas por grande número de pessoas transformou a ideia básica da Democracia grega como governo do povo, para uma representação, determinando o afastamento do homem dos assuntos da Polis. Enquanto o Estado Constitucional nasce no fim do século XVIII, a realidade partidária surgiria primeiro no plano factual e só depois no plano legal, em meados do século XIX<sup>12</sup>.

O aprisionamento da consciência individual, a substituição pelo pensamento coletivo ou o sentimento do justo, adequado, se submete ao interesse do Partido, que por sua vez está submetido ao interesse econômico dos parceiros no processo eleitoral, que, após a vitória, estão sempre prontos a apresentar a conta.

A Democracia partidária ou representativa vai assentar suas bases na Igreja Católica. Princípios e valores são postos sem questionamentos sobre seu sentido atual em relação as situações, necessidades e anseios dos grupos humanos e das culturas que aderiram a Igreja ou a outras crenças. Essa doutrina desenvolve valores, mitos partilhados, que pregam a igualdade ou a valorização da desigualdade pela equidade, como: ame o próximo como a ti mesmo, convergente a todas as crenças. Mas valores expressos de forma ampla resultam na perda da individualidade, afastando a ideia de igualdade de valor, equidade, na sua eficácia, pois são tomados de forma geral e abstrata sem aferição das situações de individualidades de grupos, culturas. Nesse aspecto, é claro que a conquista da igualdade através da equidade só se dá com a real avaliação do valor de cada humano, consideradas as suas individualidades, como: a situação de serem homossexuais, transsexuais, onde sua condição biológica vai determinar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outros comportamentos que fogem do padrão ditado pela moral de qualquer crença.

Nesse sentido, o art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é absolutamente claro quanto a este aspecto: "a finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem". Não bastasse isso, ainda se dispôs sobre o instrumental necessário ao exercício dessa tarefa: "a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; essa força é, portanto, instituída em benefício de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada" (art. 12 da DDHC).

<sup>11</sup> SIEYÈS, Abade. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão...*, p. 97/98 e 104/105.

<sup>12</sup> REBELO DE SOUZA, Marcelo. *Os Partidos políticos no Direito Constitucional Português*. Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-políticas na Faculdade de Direito de Lisboa. Braga: Livraria Cruz, 1983.

Definiu-se a finalidade a ser alcançada pela força pública e *vedou-se o desvio de finalidade*.<sup>13</sup>

Portanto, o modelo ideal da sociedade democrática era o de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro do poder (a vontade geral de Rousseau), mas muitos, merecendo, por isto, o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte, mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo de Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista.<sup>14</sup>

Isso demonstra que o poder judicial não pode aceitar ser condicionado por outros poderes, como hoje o poder político aceita voluntariamente ser conduzido nas suas decisões governativas pelo poder financeiro, pelas organizações secretas e pelas multinacionais de comunicação social. Manter a sua independência e a sua isenção em face de todos os poderes é da responsabilidade dos juizes para poderem controlar, pela lei e pelo Direito, o exercício dos outros direitos.<sup>15</sup>

Em Atenas se sabia muito bem que a democracia só podia sustentar-se pelo respeito das leis. O cuidado de investigar quais as modificações que podiam ser de interesse para introduzir na legislação cabia especialmente aos tesmótetas. Apesar de tantas prudências, ainda podia acontecer que alguma proposta injusta ou funesta fosse adaptada. Por isso, a lei nova trazia sempre o nome do seu autor, que mais tarde podia ser perseguido em justiça e punido. O povo, como verdadeiro soberano, era considerado impecável, mas cada orador continuava sempre como responsável pelo conselho que dera.<sup>16</sup>

#### 4. O redimensionamento das relações Estado-Indivíduos

Mas as Constituições modernas, sensíveis a realização da igualdade e preocupadas em criar um sistema que possibilitasse a todos serem iguais, sentiram a necessidade do redimensionamento da relações Estado-indivíduos de forma a dar a mesma igualdade de valor a todos os seus súditos. O implemento da Democracia participativa é a expressão desse valor, estabelecendo a cidadania responsável a todos os integrantes da nação, que têm seus interesses expressos através de entidades coletivas com ou sem fins lucrativos: empresas, organizações não governamentais, fundações, grandes conglomerados econômicos e todos os seguimentos representativos de valores e interesses. Esse redimensionamento ou o reconhecimento do dever jurídico cidadão de todos tem como

<sup>13</sup> SIEYÈS, Abade. *Exposição refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão...* Vol. I, p. 31.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia. Em defesa das regras do jogo*. 15ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018, p. 43.

<sup>15</sup> VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *O Futuro da Justiça...* p. 124.

<sup>16</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: Estudo sobre o culto, o Direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 11ª ed. Lisboa: Clássica Editora, 2014, p. 407 e 408.

consequência o exercício de direitos subjetivos contra o Estado. O cidadão sai da situação jurídica passiva de Direitos e Garantias para a proativa de Deveres e Direitos subjetivos. Abandona a situação jurídica de Direito potestativo, onde o Estado tem apenas que tolerar os limites impostos pelas garantias e os remédios de defesa desta liberdade, para uma relação jurídica de deveres para com os seus e o Estado, possibilitando a exigência de determinadas prestações. A responsabilidade social da empresa, a cidadania responsável, transforma a relação originária de direito potestativo, onde a minha situação jurídica no Estado possibilita apenas exigir que respeitasse o meu direito, para uma situação jurídica de maior valor no sistema democrático, onde posso exercer direitos subjetivos de obrigar o Estado a fazer, a realizar o meu, o seu, o nosso Direito.

Essa democracia participativa e a cidadania responsável já apareciam na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como se pode notar em seus artigos: XIV- *Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade de contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração*; XV- *A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração*. Esses preceitos serão reafirmados no anexo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos artigos: 21- *Toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. Toda pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. A Vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos e deve exprimir-se por meio de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto e segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade do voto*; 29- *O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. No exercício deste direito e no gozo dessas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer suas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática*. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Nesse aspecto, a sociedade em rede, a era da informação, nos levou ao que considero o século da verdade ou da busca por ela como expressão de liberdade. O combate as *fake news* revela o ensinamento bíblico de que *Veritas liberati Vos* (a verdade nos liberta), favorecendo o exercício da cidadania plena e responsável e ampliando o controle dos atos do administrador público, que tem no sistema de democracia participativa a ampliação do controle sobre o seu dever no trato dos assuntos de interesse público.

## **5. Democracia: sistema de construção de igualdade a partir das individualidades**

Esta realidade demanda maior protagonismo do Poder Judiciário e do Ministério Público no controle sobre atos, fatos e negócios jurídicos dos agentes públicos, que

não podem mais se restringir ao ajuste apenas sobre a constitucionalidade ou não das leis ou atos normativos. A igualdade de valor impõe mais vigilância sobre a finalidade dessas manifestações, pois os agentes públicos, em todas as suas expressões, devem observar mais ainda este dever cidadão, realizando a fiscalização sobre os motivos dos atos das demais funções essenciais da soberania do Estado como o Legislativo e o Executivo, expressando esse juízo, fundado na equidade, na valoração de se o agente público direcionou seu atuar para atender o bem estar da sociedade ou não.

Nesse sentido, é clara a opção pelo sistema de dever jurídico cidadão a todos os agentes públicos na Constituição da República Brasileira, que ao tratar dos direitos políticos, no seu capítulo IV, reafirma a responsabilidade cidadã do agente público ao determinar no seu art. 15 inciso V que: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, atos que “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Nesse sentido, é importante realçar, que a doutrina dos direitos naturais e inatos do homem consubstancia a reação do pensamento liberal à sedimentação do absolutismo monárquico. Nesse particular, merece realce a obra de John Locke, que, apesar de elaborada a posteriori, pode ser considerada o alicerce teórico justificador da *Glorious Revolution* inglesa de 1688, que deu origem ao *Bill of Rights and Claim of Rights* de 1689.

Segundo Locke, o poder do monarca encontra o seu fundamento num contrato social, que limita o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*state of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos do indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferia alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Transgredidos os “termos” do contrato social, seria reconhecido o direito de resistência, pois ilegítimo o exercício do poder transferido ao soberano.<sup>17</sup>

A sociedade em rede aproxima a jurisdição ao defensor da sociedade para atender os anseios do coletivo, de suas necessidades, reivindicações. Esta realidade coloca em contraste mitos que se contrapõem a esta situação jurídica de cidadania responsável e, por consequência, maior protagonismo às demais funções tradicionalmente mais tímidas em sua atuação, em face do mito da segurança em contraste com o valor justiça. A separação dos poderes como *bill* de indenidade às expressões de atos, leis ou atos normativos desviados da finalidade de atender o

<sup>17</sup> Cfr. LOCKE, John, *The Second treatise of government*, 3ª edição, Norwich: Basil Blackwel Oxford, 1976, publicado inicialmente em 1690, como parte da obra: *Two treatises of government*, p. 14 e segs, *apud* GARCIA, Emerson, Estudo Introdutório. In: SIEYES, Abade. *Exposição refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. Coleção Clássicos do Direito, Vol.I, p.25.

interesse público, determinam que o espaço discricionário e os de controle sobre essas funções sejam ampliados para valorar a discricionariedade política do Executivo na escolha de prioridades, necessidades, possibilidades. O controle da finalidade dos atos das demais funções republicanas devem expressar esta igualdade de valor aos atores da República, pois o princípio da maioria quase nunca expressa a vontade de todos, em face da realidade de que a transposição da concepção da democracia direta para a representativa afastou o homem, o cidadão, da participação sobre os destinos da Polis ou na República: *res=coisa, publica= do povo*.

O poder judicial deve promover uma reflexão cuidada e responsável sobre a mudança de paradigma na intervenção do juiz na sociedade atual, em que as exigências de respeito pelas regras jurídicas, contrariadas por algumas leis aprovadas pelos poderes executivo e legislativo e não defendidas pela interferência do Tribunal Constitucional, requerem a mediação do judiciário sem quebra dos limites da separação dos poderes. A responsabilidade do juiz no controle efetivo do exercício do poder político, nomeadamente dos titulares de cargos no executivo – incluindo a administração Pública – e no legislativo, impõe o recurso a regras jurídicas e a critérios de justiça não positivados na lei ou mesmo que a lei afasta expressamente, impedindo-o de agir em cumprimento de deveres jurídicos.<sup>18</sup>

Quando exaltavam o governo das leis em contraposição ao governo dos homens, os antigos tinham em mente leis derivadas da tradição ou forjadas pelos grandes legisladores. Hoje, quando falamos de governo das leis, pensamos em primeiro lugar nas leis fundamentais, capazes de estabelecer não tanto aquilo que os governados devem fazer, mas o modo como as leis devem ser elaboradas, sendo normas que vinculam, antes mais que os cidadãos, os próprios governantes: temos em mente um governo das leis em um nível superior, no qual os próprios legisladores estão submetidos a normas vinculatórias. Um ordenamento deste gênero somente é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental: os indivíduos singulares.<sup>19</sup>

A sociedade concomitante, onde as informações são realizadas de maneira quase instantânea e simultânea a outras atividades, exige uma cidadania plena, integrada, proativa, através de processos de superposição e com maior protagonismo do Judiciário e de sua função essencial e defensora do regime democrático: Ministério Público ampliando o controle e a transparência sobre a finalidade na realização do interesse público, limitando o político.

A evolução da sociedade, das relações humanas, não para, trazendo uma avalanche de sentimentos e contrastes da sociedade em rede. Nesse ponto evolutivo, a equidade ganha relevância nas mãos dos que aplicam o Direito, que têm o dever de aferir o valor do humano na sociedade de forma individualizada, não ficando mais submissa ao comando apenas da Lei, inerte, estática no tempo e alheia a avaliação

<sup>18</sup> VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. *O Futuro da Justiça...* p. 125.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo...* p. 29.

individual de situações injustas criadas pela interpretação pura e simples de seus preceitos, sem a consideração do valor igualdade aos desiguais na proporção da sua desigualdade.

Se consideramos que um Estado justo e são é o que possibilita a todos os seus súditos serem iguais, o Direito é a ciência ou o caminho para realizar esta igualdade.

Esta assertiva se fundamenta na premissa de que se o Estado existe para servir o indivíduo, a jurisprudência na criação do justo é o caminho para construção dessa igualdade.

# Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas

## *Public Prosecution Office and defensive criminal investigation: challenges and some proposals*

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira\*

### Sumário

1. Atuação da defesa na fase pré-processual: uma realidade que se impõe. 2. Prerrogativas do defensor e a extravagância do Provimento nº 188/2018 do CFOAB. 3. Uma breve análise da Lei nº 13432/2017. 4. Anteprojeto do Código de Processo Penal: consolidação de uma tendência. 5. A experiência italiana: *L'Investigazione Difensiva*. 6. Conclusões e algumas propostas. Referências.

### Resumo

Este trabalho aborda o recente fenômeno da investigação criminal defensiva, que não se confunde com a participação do investigado na investigação oficial, sendo uma atividade compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com a qual o Ministério Público deve lidar. Propõe que as normas hoje vigentes no direito italiano podem servir como paradigma para o disciplinamento da matéria no direito brasileiro. Destaca que não se pode aceitar uma investigação defensiva executada por detetive particular, porque limitada por lei sua atuação à área extracriminal, ou sustentada no Provimento nº 188/2018 do CFOAB, dada sua evidente inconstitucionalidade. Apresenta algumas propostas com vistas à aproximação do Ministério Público quanto à investigação criminal defensiva.

### Abstract

*This paper addresses the recent phenomenon of defensive criminal investigation, which is not to be confused with the participation of the investigated in the official investigation, being an activity compatible with the Brazilian legal system and with which the Public Prosecution Office must deal. It proposes that the rules currently in force in Italian law can serve as a paradigm for disciplining the subject in Brazilian law. It points*

---

\* Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Professor da ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. Professor da UNIFANOR – Centro Universitário Faculdades Nordeste.

*out that a defensive investigation carried out by a private detective cannot be accepted, as it is limited by law to the extra criminal area, or sustained in Provision no. 188/2018 of the CFOAB, given its evident unconstitutionality. It presents some proposals with a view to bringing the Public Prosecution Office closer to the defensive criminal investigation.*

**Palavras-chave:** Investigação criminal. Ministério Público. Investigação criminal defensiva. Anteprojeto do Código de Processo Penal.

**Keywords:** *Criminal investigation. Public Prosecution Office. Defensive Criminal Investigation. Draft Criminal Procedure Code.*

### **1. Atuação da defesa na fase pré-processual: uma realidade que se impõe**

Antes negligenciada pela doutrina e pelos operadores jurídicos, aí incluído o Ministério Público, vista como uma espécie de trabalho sujo, talvez porque próximo demais das agruras do episódio criminoso, desde algum tempo se vem percebendo a fase pré-processual de investigação criminal como uma etapa importante na persecução penal. Foi-se sedimentando uma perspectiva de que os direcionamentos dados a uma investigação criminal podem ser determinantes não somente para a tomada de decisão do Ministério Público quanto ao exercício da ação penal (*opinio delicti*) como também para o próprio processo judicial como um todo.

Essa clarividência parece ligada à constatação de que o processo criminal, não raras vezes, pode se apresentar transmutado numa espécie de instância de confirmação ou homologação dos elementos informativos colhidos na investigação criminal. Em casos tais, essa evidência resulta de dois aspectos que se implicam mutuamente e facilmente constatáveis na prática forense: em primeiro lugar, por conta de um acanhado exercício do contraditório, na medida em que a produção de prova, tanto pelo órgão de acusação quanto pela defesa, se limita a certificar a autenticidade e consistência dos elementos pré-processuais; em segundo plano, quando a defesa técnica se restringe a legitimar os estágios processuais (com a defesa preliminar até suas alegações finais) sem cuidar de tomar a iniciativa de buscar fontes de prova por si mesma.

Nesse cenário, observa-se que há aproximadamente duas décadas o Ministério Público brasileiro vem avançando sobre a área de investigação criminal, principalmente, com a ação estratégica de executar por seus próprios meios uma investigação direta e, junto disso, a implantação de políticas de estruturação interna capazes de prover suporte a essa atividade, a exemplo da criação de órgãos próprios de investigação (GAECOs e similares) e de setores de inteligência<sup>1</sup>. E, justamente em decorrência dessa intervenção mais proativa do Ministério Público na investigação criminal, que gerou

<sup>1</sup> Talvez como efeito colateral dessa atividade, tem-se alimentado uma desconfiança de que, em sua investigação direta, o Ministério Público dirige suas energias para a obtenção de elementos que possam sustentar uma futura acusação e não necessariamente a elucidação dos fatos, o que pode resultar em demonstração de inocência ou menor grau de responsabilização do investigado. Daí porque uma melhor



uma nova demanda para a advocacia – privada ou pública, no caso da Defensorias Públicas –, tornou-se mais frequente na doutrina e na jurisprudência nacionais a discussão sobre o papel da defesa na fase pré-processual. Com isso, chegou-se ao ponto de pensar mais a sério sobre a chamada investigação criminal defensiva e de perceber-se maior interesse da advocacia sobre esse segmento de atuação profissional<sup>2</sup>.

Para MACHADO, a secular tradição de investigações inquisitoriais gerou uma injusta presunção de credibilidade para os dados colhidos pelos órgãos públicos, enquanto os informes reunidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou mesmo nos autos da investigação pública, são vistos com muita reserva<sup>3</sup>. Quiçá essa reserva, se existente, decorra dos objetivos particulares da atividade em contraposição ao interesse público que sempre deve nortear a investigação oficial<sup>4</sup>.

Podemos definir a investigação criminal defensiva como a atividade investigatória privada, conduzida durante a investigação preliminar oficial ou o processo criminal para a defesa de interesses do sujeito passivo da persecução penal, e tem como fundamento, para alguns, a paridade de armas no processo penal<sup>5</sup>. Nesse tocante, discordamos daqueles que encontram na paridade de armas, um conceito tipicamente endoprocessual, a razão de ser dessa atividade defensiva<sup>6</sup>. A paridade de armas nada mais é do que uma projeção do princípio da igualdade das partes no processo judicial. Entretanto, no ordenamento brasileiro, a investigação criminal tem natureza administrativa, de cunho pré-processual e é uma atividade preparatória da tomada de decisão do Ministério Público – e excepcionalmente, da vítima ou seu representante legal – quanto à formulação de uma acusação em juízo. Logo, acreditamos mais condizente como razão fundamental da investigação criminal defensiva a necessidade dos órgãos estatais em buscar uma adequada apuração dos fatos (dever de intervenção), tanto mais próxima quanto possível de uma verdade que, naquele momento, tem que ver com a segurança da coletividade

---

regulamentação da investigação criminal direta do Ministério Público, no contexto de uma reformulação de seu papel na etapa precedente ao processo criminal, se mostra ainda mais urgente e necessária.

<sup>2</sup> Com efeito, a título de exemplo, em dezembro de 2018 o IBCCrim realizou um curso chamado “Teoria e Prática da Investigação Criminal pelo Defensor”. Veja-se em: <https://www.ibccrim.org.br/evento/390-Teoria-e-Pratica-da-Investigacao-Criminal-pelo-Defensor>. Acessado em: 27.7.2019.

<sup>3</sup> Cf. MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*.

<sup>4</sup> Exemplo disso pode ser visto no art.334, bis, do Código de Processo Penal italiano: “1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attivita' investigative da essi svolte”.

<sup>5</sup> Essa definição é extraída da redação original do art.13, do PLS nº 156/2009, atual PL nº8045/2010, que vem tramitando na Câmara dos Deputados e trata do Anteprojeto de Código de Processo Penal. MENDRONI a chama de “investigações privadas”, para alcançar também a investigação feita pela vítima. Em seu entendimento, desde que não encontrem impeditivo legal, pela restrição de atuação delegada aos órgãos públicos, poderão ser realizadas. Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de Investigação Criminal*, p. 253-4. V. também a respeito de seu conceito e natureza jurídica: DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, p. 224-25.

<sup>6</sup> V. a respeito: MACHADO, André Augusto Mendes. *A Investigação Criminal Defensiva*. FRANÇA, FURLANETO NETO E DOS SANTOS colocam que a investigação defensiva reforça ao investigado a possibilidade de maximizar a ampla defesa e o contraditório diferido, fomentando a paridade de armas. Cf. FRANÇA, Pablo Rodrigo; FURLANETO NETO, Mário; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. *Análise Crítica da Investigação Criminal e Defensiva no Brasil*, p.179.

(defesa social)<sup>7</sup>. Em última instância, toca o direito de prova, ou como dizia VASSALI, o direito de defender-se provando<sup>8</sup>. Portanto, ela pode se justificar tanto em casos de falhas, omissões ou condução tendenciosa da investigação oficial como também enquanto mera colaboração com o órgão estatal investigador<sup>9</sup>.

A investigação criminal defensiva não se confunde com a participação do investigado no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Há, convém frisar, uma intersecção das duas atividades, consistente na possibilidade de apresentação pelo investigado à autoridade policial ou membro do Ministério Público de elementos de convicção e indicativos de fontes de prova produzidos por meio de sua investigação criminal defensiva, e que serão anexados aos autos do procedimento investigatório oficial a critério da autoridade condutora.

Dito isto, a investigação criminal defensiva possui três âmbitos de incidência<sup>10</sup>: (a) inquérito policial; (b) procedimento investigatório criminal, e; (c) processo criminal, em caráter residual. No inquérito policial, considerando a característica da discricionariedade de sua condução afeita à autoridade policial, a legislação prevê, de modo bastante sucinto e tecnicamente precário, que o indiciado, tal como a vítima ou seu representante legal, poderá requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a critério da autoridade policial responsável<sup>11</sup>. Cabe aqui uma interpretação extensiva para alcançar qualquer investigado, porquanto o indiciamento, embora privativo da autoridade policial, é um ato cujo momento tem sido bastante tormentoso, podendo vir a ocorrer somente na conclusão do procedimento, e mesmo porque, no panorama normativo atual, inexistente qualquer justificativa de fundo para tal cerceamento. Além disso, há de se ter em conta que, ao fim e ao cabo, qualquer pessoa, até mesmo encoberta pelo anonimato, pode contribuir para a investigação policial. Essa interpretação também se revela conveniente no que diz respeito ao Procedimento Investigatório Criminal, a cargo do Ministério Público e que apresenta semelhante problema conceitual<sup>12</sup>. O dispositivo pertinente refere a “autor do fato”, o que implica duplo equívoco: ao imitar o texto da Lei nº 9099/95, tacha o investigado como pretense culpado e também restringe a participação, omitindo o papel da

<sup>7</sup> Com uma visão que reputamos preconceituosa, tal como a de ver no advogado criminalista um profissional que busca a impunidade de seu cliente a qualquer custo, BADARÓ entende que não cabe argumentar que a Polícia Judiciária teria interesse na “descoberta da verdade” e, portanto, buscaria elementos de provas tanto que confirmassem a hipótese investigada quanto a eventual inocência do suspeito. Para ele, na prática, tal postura mostrou-se irrealizável, tendo a polícia clara propensão a buscar as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Obtido em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v6/document/151693326/anchor/a-151693326>. Acessado em: 27.7.2019.

<sup>8</sup> Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*, p.503.

<sup>9</sup> Nesse sentido, v. FRANÇA, Rafael Francisco. *Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil: Possibilidades e Limites*.

<sup>10</sup> Consideramos aqui a investigação criminal em seu alcance restrito, conforme já exposto na abertura deste trabalho. Obviamente, a defesa técnica atua também em outros procedimentos administrativos que, de alguma maneira, possam vir a influenciar a persecução penal, a exemplo de sindicâncias, inquéritos civis etc.

<sup>11</sup> Cf. art.14, do CPP: “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

<sup>12</sup> Cf. art.9º, da Resolução nº 181/2017, do CNMP: “O autor do fato investigado poderá apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, inclusive por meio de advogado”.

vítima e de terceiros. Inclua-se na ressalva a menção somente à figura do advogado, quando podia incluir o defensor<sup>13</sup>. Finalmente, cabível no processo criminal nas situações muito específicas de indicação de assistente técnico em exame pericial<sup>14</sup> ou para subsidiar uma revisão criminal. Todas essas iniciativas podem vir sustentadas numa investigação criminal defensiva.

Podemos identificar na investigação criminal defensiva algumas características: (i) sigilo nas investigações; (ii) natureza privada da atividade<sup>15</sup>; (iii) paralelismo à investigação oficial ou processo criminal; (iv) disponibilidade e (v) ausência de coercibilidade. Essas características serão pormenorizadas nos tópicos seguintes.

## 2. Prerrogativas do defensor e a extravagância do Provimento nº 188/2018 do CFOAB

A defesa técnica não se circunscreve ao processo judicial. Entretanto, importa dizer que, na fase pré-processual, o exercício do direito de defesa não tem o significado decorrente da dialeticidade processual, isto porque não há acusação formulada (princípio acusatório), mas um procedimento orientado para a apuração de fatos que, em hipótese, configuram ilícito penal. Logo, a defesa técnica há de ser compreendida em sentido lato, isto é, como assistência jurídica devida a qualquer cidadão – se dispondo de recursos, por meio de advogado; se não, ao abrigo da Defensoria Pública<sup>16</sup>. A assistência pode ser executada por meio de várias providências, aí incluída a investigação criminal defensiva, que terá em perspectiva a eventualidade de um processo criminal no futuro.

Para subsidiar a atividade de investigação em caráter privado, como é a defensiva, torna-se imprescindível que o profissional incumbido da tarefa – advogado

<sup>13</sup> Nesse ponto, e também considerando todos os aspectos relacionados à natureza da investigação criminal direta do Ministério Público, a antiga redação do art.7º, da Resolução nº 13/2006, alterada pela Resolução nº 161/2017, do mesmo CNMP, era bem mais abrangente, a despeito da impropriedade decorrente da invasão de atribuições: “Art.7º. O autor do fato investigado será notificado a apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por defensor. §1º. O defensor poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. §2º. O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu interrogatório e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos. §3º. No exame de autos sujeitos a sigilo, deve o defensor apresentar procuração”.

<sup>14</sup> Cf. art.159, §§3º e 4º, do CPP: “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior (...) §3º. Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. §4º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão”. Aqui parece fazer algum sentido falar em paridade de armas como fundamento da atividade defensiva.

<sup>15</sup> Cf. Lei nº 3099/57, que eufemisticamente determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. O art.3º, do Decreto nº 50532/57, que disciplina essa lei, estabelece: “é vedada às empresas de que trata o presente regulamento a prática de quaisquer atos ou serviços estranhos à sua finalidade e os que são privativos das autoridades policiais, e deverão exercer sua atividade abstendo-se de atentar contra a inviolabilidade ou recato dos lares, a vida privada ou a boa fama das pessoas”.

<sup>16</sup> Cf. arts.5º, inciso LXXIV, 133 e 134, da Constituição Federal.

ou Defensor Público – goze de certas prerrogativas. Nesse sentido, a legislação confere a ambos: (a) a possibilidade de comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus clientes ou assistidos, ainda quando esses se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de interação coletiva, independentemente de prévio agendamento<sup>17</sup>; (b) examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital<sup>18</sup>; (c) e para o Defensor Público, requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições<sup>19</sup>.

Todavia, ainda que dispondo de tais prerrogativas, o defensor pode desenvolver a investigação criminal defensiva apenas em paralelo à investigação oficial estatal, seja da polícia judiciária ou do Ministério Público. Esse cabedal de prerrogativas, quando empregado no bojo da investigação oficial, não implica a instauração de um verdadeiro contraditório num procedimento que, por sua natureza mesma, é inquisitivo e, portanto, unilateral ou não dialético.

Por outro lado, embora se reconheça que essas prerrogativas sejam importantes ferramentas para que o advogado ou Defensor Público possa desenvolver a investigação criminal defensiva, e que há, sim, uma lacuna normativa no disciplinamento dessa atividade, o Conselho Federal da OAB andou muito mal ao emanar o Provimento nº 188/2018, sob o pretexto de regulamentar “o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais”<sup>20</sup>. O expediente se revela uma evidente extrapolação de atribuições, uma vez que a OAB, em quaisquer de suas instâncias, como autarquia *sui*

<sup>17</sup> Cf. art.7º, inciso III, da Lei nº 8906/94 e art.44, inciso VII, da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09.

<sup>18</sup> Cf. art.7º, inciso XIV, da Lei nº 8906/94, com a redação dada pela Lei nº 13245/16, e art.44, inciso VIII, da Lei Complementar nº 80/94. Sobre a matéria, tenha-se em conta também a Súmula Vinculante nº 14 do STF, que traz a seguinte redação: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. No que interessa ao presente trabalho, note-se que o texto da Súmula refere a defensor, exatamente para alcançar o Defensor Público.

<sup>19</sup> Cf. art.44, inciso X, da Lei Complementar nº 80/94. Veja-se também a Lei nº 12527/11, que materializa o direito de petição. A propósito, a Mensagem de Veto ao dispositivo da Lei nº 13245/16, que alterava a alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8906/94, incluindo como prerrogativa do advogado a requisição de diligências, deixou claro o seguinte: “Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.”

<sup>20</sup> O ato normativo foi aprovado pelo Conselho Pleno da OAB em sessão datada de 11 de dezembro de 2018. A propósito, ver em: <https://deoab.oab.org.br/assets/diarios/diario-eletronico-oab-31-12-2018.pdf?p=1548374400054>.

*generis* que é<sup>21</sup>, não desfruta do poder de legislar, aqui compreendido no sentido de normatização de uma expectativa de conduta direcionada a terceiros, em matéria processual penal<sup>22</sup>. Trata-se, como se percebe, de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal. Nesse cenário, o ato normativo se dispõe a tornar a investigação criminal defensiva uma atividade privativa do advogado, mas que poderá contar com o auxílio de colaboradores, a exemplo de detetives particulares – embora não aplicável na área criminal –, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo, estabelecendo, ainda, que a atividade não poderá receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades<sup>23</sup>.

Em suma, é conveniente e necessário que surja lei em *stricto sensu* para disciplinar a matéria, até porque a atividade também é da alçada da Defensoria Pública. Enquanto isso não se torna realidade, o Ministério Público não pode tergiversar, isto é, deve impugnar os atos e diligências investigatórias de advogados baseados no aludido ato normativo.

### 3. Uma breve análise da Lei nº 13432/2017

A Lei nº 13.432/17 veio disciplinar a atividade, outrora bastante nebulosa, do detetive particular. Nesse contexto, definiu o detetive particular como o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeja e executa coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante<sup>24</sup>.

Como se vê, a norma diz textualmente que a atividade é de natureza extracriminal<sup>25</sup>. Com efeito, foi vetado o dispositivo que conferia ao detetive particular o direito de ser tratado “*como profissional colaborador da Justiça e dos órgãos de polícia judiciária*”, tendo sido emitido o veto nos seguintes termos: “*Os profissionais cuja atividade se regula por este projeto de lei exercem ofício de natureza privada, e não como presente no dispositivo, em linguagem própria de agentes públicos ou advogados.*”

<sup>21</sup> Cf. decisão do STF na ADI 3026/DF. V. a respeito: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acessado em: 25.7.2019.

<sup>22</sup> Veja-se o que dispõe o art.22, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre direito processual.

<sup>23</sup> Cf. arts.4º e 7º, do Provimento nº 188/2018 do CFOAB.

<sup>24</sup> Cf. art.2º, da Lei nº 13432/17. Além disso, a legislação exigiu contrato escrito com estipulação, dentre outras cláusulas, de honorários e prazo de vigência (arts. 7º e 8º), confecção de relatório do serviço (art. 9º), além de estabelecer vedações (art.10), direitos (art.12) e deveres (art.11) do detetive particular. Caso ele opte por constituir sociedade, deve estar registrada na Junta Comercial do estado respectivo (art.1º, da Lei nº 3.099/57), bem como na Delegacia de Polícia do local de atuação (art.1º do Decreto nº 50.532/61).

<sup>25</sup> Apesar de ter dado origem à Lei nº 13432/17, não prosperou a proposta contida na redação original do Projeto de Lei nº1.211/11, da Câmara dos Deputados, que autorizava o detetive a realizar investigação criminal, por meio de diligências como “*relatórios de investigações privadas, juntando descrições, croquis, gráficos, fotografias, filmes e gravações magnéticas*” referentes a “*situação hipotética envolvendo fato, criminoso ou não*”. Veja-se o texto original em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=42065CBF827B744D4F9FE94F9B1E1EE7.proposicoesWebExterno1?codteor=865340&filename=PL+1211/2011](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42065CBF827B744D4F9FE94F9B1E1EE7.proposicoesWebExterno1?codteor=865340&filename=PL+1211/2011). Acessado em 25.7.2019.

O uso da expressão, no rol de direitos do profissional, tem potencial de gerar confusão entre atividade pública e privada, com prejuízos a ambas e ao interesse público<sup>26</sup>. Ora, a função do detetive particular é de coleta de informações de natureza não criminal, limitando-se ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante. Assim, muito embora prevista no ato normativo do CFOAB, está vedada a colaboração do detetive particular na investigação criminal defensiva. Eventual disposição contratual nesse sentido deve ser considerada nula.

O detetive particular age, digamos, como uma espécie de despachante do cliente, arrecadando informações de natureza não criminal, algo que poderia ser feito, vale frisar, por qualquer pessoa. Cuida-se de um contrato específico de prestação de serviços, caracterizado por ser do tipo sinalagmático, oneroso e *intuitu personae*. A novel legislação não conferiu ao prestador do serviço qualquer prerrogativa ou vantagem na coleta de dados; antes disso, impôs mais exigências na formalização da avença e admitiu o exercício dessa atividade somente dentro de certos limites<sup>27</sup>.

Em contrapartida, o detetive particular pode colaborar com uma investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante e mediante admissão da autoridade policial responsável, que também poderá rejeitá-la a qualquer tempo<sup>28</sup>. Não há previsão de contribuição com a investigação criminal direta do Ministério Público. Nestes termos, sua atuação é apenas complementar. Ele não pode executar técnicas ordinárias de investigação, a exemplo de oitivas e quebra de sigilo de dados, tampouco meios extraordinários de obtenção de prova, como a infiltração policial. Também não desfruta de autorização para implementar ações de inteligência de segurança pública, a exemplo de vigilância e entrevista. A colaboração com a autoridade policial pode se dar, por exemplo, mediante pesquisas de informações em fontes abertas e lugares públicos, sugerindo fontes de prova<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cf. Mensagem nº 109, de 11 de abril de 2017.

<sup>27</sup> Cf. art.11, inciso II, da Lei nº 13432/17, segundo o qual é dever do detetive particular respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas. Veja-se, a respeito: CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei nº 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular>.

<sup>28</sup> Cf. art.5º, Lei nº 13432/17. No entender de CASTRO e COSTA, o detetive particular que exceder os limites da chancela autorizadora do Delegado de Polícia será responsabilizado por usurpação de função pública (art.328, CP), pois não abarcado pela excludente de ilicitude de exercício regular de direito (art.23, inciso III, CP), admitindo-se cumulação de outras infrações penais como violação de domicílio (art.150, CP), interceptação telefônica clandestina (art.10, Lei nº9296/96) ou perturbação da tranquilidade (art. 65, LCP). E, no entanto, para eles, a colaboração do detetive, quando autorizada, possui como principal utilidade servir de elemento de convicção que permita a deflagração do inquérito policial, e não instruir um procedimento policial já instaurado. Isso porque, se o inquérito policial está em curso, é sinal de que o Delegado já obteve os mínimos dados necessários e a polícia judiciária já definiu caminho investigativo para extrair os meios de prova, sendo o aprofundamento da investigação incompatível com a possibilidade limitada de atuação do detetive. Apenas excepcionalmente deve ser admitida a participação do contratado para indicar fontes de prova ainda não conhecidas do Estado-Investigação. Cf. CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei nº 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular>. Acessado em 25.6.2019.

<sup>29</sup> Ainda segundo CASTRO e COSTA, caso já disponha de informações, o detetive deve imediatamente fornecê-las indicando as fontes de prova de onde a polícia judiciária possa extrair os elementos de convicção. Se não dispuser dos dados, a busca pode ser feita em determinado lapso temporal fixado pela autoridade

Se havia a pretensão de alçar o detetive particular a uma categoria profissional regulamentada e com a função de auxiliar na investigação criminal defensiva, a legislação que entrou em vigor não alcançou esse desiderato, tendo restringido tal atividade ao campo não criminal, e apenas excepcionalmente de colaboração com a investigação policial, ou seja, fora do que aqui estamos chamando de investigação criminal defensiva.

#### 4. Anteprojeto do Código de Processo Penal: consolidação de uma tendência

Enquanto o ato normativo oriundo do CFOAB, ainda que calcado nas prerrogativas legais do advogado, está inquinado de vício de inconstitucionalidade e a Lei nº 13432/17, por sua vez, é o resultado da mutilação de uma proposta que erigia o detetive particular à condição de auxiliar na investigação criminal defensiva, o PL nº 8045/2010, que trata do anteprojeto de Código de Processo Penal, traz definitivamente para o ordenamento jurídico brasileiro essa atividade defensiva e consolida uma estrutura normativa em que a investigação criminal defensiva se desenvolve em paralelo à investigação oficial, e ao mesmo tempo se articula com ela, porém, é desprovida de coercitividade ou imperatividade.

Na redação do texto recebido do Senado Federal, em que o anteprojeto teve seu nascedouro como PLS nº 156/2009<sup>30</sup>, facultou-se ao investigado, por meio de defensor ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. Para tanto, o investigado poderá, inclusive, entrevistar pessoas, desde que precedida de esclarecimentos sobre seus objetivos e de consentimento formal das pessoas a serem ouvidas. Torna-se claro na proposição que a investigação criminal defensiva estará disponível a qualquer investigado, e não apenas o indiciado, e que não é ato privativo de advogado ou Defensor Público, o que abre espaço para a participação do detetive particular. E, no entanto, ao iniciar sua tramitação na Câmara dos Deputados, o dispositivo recebeu nova numeração e, sobretudo, acréscimos importantes<sup>31</sup>. Passou-se a

---

policial, observado o prazo contratual. Ademais, deve ficar registrado o interesse do cliente para motivar a proposição de colaboração na investigação policial, seja na condição de vítima ou suspeito. Finalmente, não pode o detetive colaborar com o Estado quando não houver interesse particular a ser tutelado, como no caso de crimes vagos, ou quando violentos, haja vista os riscos à sua própria integridade física ou moral. Cf. CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei nº 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular*.

<sup>30</sup> Cf. art.14, do Anteprojeto original: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas”.

<sup>31</sup> Cf. art.13, na redação atual do Anteprojeto: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º. A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. §3º. Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º. Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do

prever expressamente que a vítima não poderá ser interpelada para esse fim, salvo se houver autorização do juiz de garantias<sup>32</sup>, que poderá estabelecer condicionantes para a realização do ato, mas ainda assim mediante seu consentimento. Tanto no caso da vítima como de outras pessoas, o pedido de entrevistas deverá ser feito em dias úteis e em horário comercial, com discricção e reserva, com o fim de evitar constrangimentos que possam viciar o consentimento. E o aspecto de maior relevância: todo o material informativo porventura produzido na investigação defensiva poderá ser juntado aos autos do inquérito policial, a critério da autoridade policial, no que se preserva a discricionariedade na condução do procedimento investigatório. Em princípio, cabível entender que a juntada poderá ocorrer aos poucos ou em bloco, quando encerrada a investigação defensiva.

Em abril de 2018, o Deputado João Campos (PRB/GO), designado Relator-Geral para a matéria na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, apresentou seu relatório. Nesse contexto, manteve a investigação defensiva, porém, suprimiu do texto a menção a autorização para a realização de entrevistas por entendê-la desnecessária. E em reforço à tendência de codificação dessa atividade, rejeitou várias emendas que a suprimem ou que, por seu intermédio, introduzem o contraditório no inquérito policial<sup>33</sup>.

## 5. A experiência italiana: *L'Investigazione Difensiva*

A Constituição italiana determina que a pessoa acusada de um crime disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa<sup>34</sup>. Com base nisso, e tendo como arcabouço um sistema de investigação criminal protagonizado pelo

---

horário comercial. §5º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º. As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”.

<sup>32</sup> Nos termos do Anteprojeto, o art.14, que trata das funções do juiz das garantias, atribui-lhe a responsabilidade pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais daqueles nela envolvidos. Certamente, haverá debate sobre a competência de ser informado sobre a abertura, como diz o texto, de qualquer investigação criminal e, portanto, se a norma efetivamente alcança a investigação defensiva.

<sup>33</sup> Em seu relatório, justifica dizendo o seguinte: “O relator-parcial aprovou as emendas. Malgrado o entendimento desses parlamentares, sou de opinião de que o proposto viola flagrantemente a Constituição na medida em que alija a participação defensiva nessa etapa preliminar. Ademais, a polícia não se limita a recolher depoimentos. No sistema vigente são realizadas diversas diligências, sendo o depoimento do investigado apenas uma delas. Nota-se que a emenda proposta subverte o papel sobranceiro do delegado, sujeitando toda a atividade investigativa ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, agredindo o art. 4º do PL, que proclama o princípio acusatório. Voto pela inconstitucionalidade, injuridicidade, inadequada (sic) legislativa e, no mérito, pela rejeição das emendas 135, 143, 163, 169, 177, 183, 205”. Em outra passagem, rejeitou uma emenda do colega Dep. Rodrigo Pacheco: “Ainda que se admita a investigação defensiva, tal não tem o condão de transformar o inquérito policial em procedimento contraditório”. Cf. Relatório disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=PRL+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=PRL+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010). Acessado em 27.7.2019.

<sup>34</sup> Cf. art.111, terceira parte, da Constituição italiana: “Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo”.



Ministério Público, responsável pelo inquérito (*indagini preliminari*), numa clara ruptura com a figura do juiz de instrução, o Código de Processo Penal de 1988 regulou a investigação criminal defensiva (*investigazione difensiva*), desenvolvida por meio próprio (*indagini difensive*).

De acordo com TONINI, tendo como pressuposto o direito de prova, o defensor dispõe da faculdade de realizar uma investigação para procurar e identificar evidências em favor do próprio assistido<sup>35</sup>, tratando-se, pois, de uma atividade movida por interesse privado. Afinal, lembra o autor, no sistema acusatório o defensor é um antagonista do acusador no bojo de um processo dialético, e assim, não tem obrigação de colaborar na busca da verdade contra o próprio assistido<sup>36</sup>. Trata-se de algo que, todavia, não se contrapõe à iniciativa de promover uma investigação justamente quando se busca um esclarecimento dos fatos, com o propósito de evitar uma acusação formal indevida. Essa prerrogativa do defensor, seja ele particular ou dativo, pode ser exercida em todos os âmbitos do processo criminal italiano e comporta delegação a investigadores particulares e consultores técnicos devidamente autorizados<sup>37</sup>.

Segundo lição de SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, a atividade investigatória da defesa no direito italiano se presta basicamente a: (a) entrevista, colheita de declarações e obtenção de informações; (b) requisição de documentos junto à administração pública; (c) acesso a determinados lugares e; (d) produção de prova não repetível<sup>38</sup>.

A entrevista, que pode ser documentada ou não (*colloquio non documentato, richiesta di dichiarazioni scritte*<sup>39</sup>, *richiesta di informazioni*), deve ser precedida de autorização judicial, se o entrevistado estiver preso, mas principalmente, de algumas advertências: acerca de sua qualidade e objetivos; se a defesa pretende simplesmente

<sup>35</sup> Este é o termo empregado na legislação italiana porque compreende não apenas o investigado (*persona sottoposta alle indagini preliminari*) mas todos os demais intervenientes particulares no processo criminal. Logo, a investigação defensiva italiana acaba por ter um alcance bem mais amplo do que aquele imaginado no direito brasileiro.

<sup>36</sup> TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 18ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 2017, p.659.

<sup>37</sup> Cf. art.327, bis, do Código de Processo Penal italiano: "1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore há facolta' di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalita' stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facolta' indicata nel comma 1 puo' essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attivita' previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici".

<sup>38</sup> Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*, p.506-12. O disciplinamento minucioso das atividades investigatórias da defesa está contido no art.391, bis, e seus desdobramentos do Código de Processo Penal italiano.

<sup>39</sup> Neste caso, segundo o disposto no art.391, ter, do Código de Processo Penal italiano, também devem ser observadas outras formalidades: "1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, e' autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati: a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione; b) le proprie generalita' e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis; d) i fatti sui quali verte la dichiarazione. 2. La dichiarazione e' allegata alla relazione. 3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili".

conferir ou receber declarações e informações, indicando, neste caso, os métodos e a forma da documentação; a obrigação do entrevistado de declarar se está sujeito a investigações ou acusações no mesmo processo ou em outro que lhe seja conexo, e nesta hipótese, seu defensor deve ser avisado com antecedência ou, se não o tiver, o defensor investigador deve requerer ao juiz a nomeação de um defensor dativo; a faculdade de não responder ou não fazer a declaração; a proibição de revelar quaisquer questões colocadas pela polícia judiciária ou membro do Ministério Público, e por conseguinte, as respostas dadas, e; responsabilidade penal resultante de falsa declaração. A inobservância dessas cautelas sujeita o defensor e seus prepostos a sanções disciplinares.

Ao solicitar documentos junto à administração pública, a defesa poderá extrair cópias às suas expensas. Se houver recusa, explicam SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, a defesa pode recorrer ao Ministério Público, solicitando-lhe que ordene a entrega da documentação pleiteada ou, se a administração ainda assim a denegar, a apreensão. Se, por sua vez, o órgão do Ministério Público entende fundada a recusa, transmitirá o pedido formulado pelo defensor, junto com seu parecer, ao juiz da *indagine preliminari*. Além disso, eles lembram que, mesmo neste último caso, o pedido de intervenção do Ministério Público implica que ele acaba por tomar conhecimento de algumas das iniciativas de defesa em curso<sup>40</sup>.

Entre os meios de investigação da defesa, o defensor ou seus prepostos podem elaborar um relatório resultante do acesso aos sítios onde se encontrem os sujeitos da atividade investigativa, com a possível presença também do investigado, para ver o *status* de lugares e coisas ou proceder à sua descrição ou realizar pesquisas técnicas, gráficas, planimétricas, fotográficas. Esse relatório, devidamente assinado, deverá conter: a data e o local de acesso; suas generalidades e as das pessoas interpostas; a descrição do estado dos lugares e coisas; e ainda, a indicação de eventuais levantamentos técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais realizados. Se for necessário aceder a locais privados ou não públicos e não houver consentimento de quem de direito, o acesso, a pedido do defensor, é autorizado pelo juiz, com decreto motivado especificando os procedimentos específicos. A pessoa presente ao sítio deve ser aconselhada sobre a faculdade de ser assistida por pessoa de confiança, desde que esta esteja prontamente disponível. O acesso às moradias e seus pertences não é permitido, a menos que seja necessário averiguar os traços e outros efeitos materiais do crime.

Finalmente, é possível que, ao acessar locais, os sujeitos que estão desenvolvendo a investigação defensiva reconheçam a necessidade de realizar atividades não repetíveis, relacionadas a situações objetivas suscetíveis, por sua natureza, a serem modificadas. Assim, a defesa pode solicitar ao Ministério Público para fins de exercício das faculdades previstas na legislação visando a memória do

<sup>40</sup> Nos termos dos arts.367 e 368, do Código de Processo Penal italiano. Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*, p.510.

elemento de prova<sup>41</sup>. O membro do Ministério Público pode ajudá-la pessoalmente ou delegar essa atividade à polícia judiciária.

Segundo SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, toda essa documentação produzida na investigação defensiva é incluída no arquivo do defensor (*fascicolo di difensore*), que é mantido no gabinete do juiz da *indagine preliminari* até que o procedimento investigatório seja concluído, com a consequência adicional de que tal documentação não pode ser retirada ou substituída e o membro do Ministério Público poderá visualizá-la e possivelmente fazer-lhe cópia somente antes de uma decisão ser tomada a pedido das outras partes ou com sua intervenção. Uma vez encerrada a investigação preliminar, o arquivo do defensor é inserido nos autos em etapa ulterior (*fascicolo per il dibattimento*).

## 6. Conclusões e algumas propostas

Diante de todo o exposto, podemos alcançar algumas conclusões e apresentar propostas:

(1) Ao invés de se regulamentar adequadamente, isto é, por meio de lei em sentido formal, a investigação criminal defensiva, tem-se promovido uma verdadeira confusão entre duas coisas distintas: a investigação criminal defensiva propriamente dita e a colaboração do investigado na investigação criminal oficial. Lembra DE LIMA que, apesar de ambos se caracterizarem como manifestação do direito de defesa, ao participar do inquérito policial, o advogado está delimitado aos rumos dados à investigação pela autoridade policial; de outra banda, na investigação defensiva, que se desenvolve de maneira independente do inquérito policial – e acrescentamos, também da investigação direta do Ministério Público – incumbe ao defensor delimitar a estratégia investigatória, não estando vinculado às autoridades públicas, devendo apenas observar os limites constitucionais e legais na identificação de fontes de prova<sup>42</sup>. Distinguir as duas dimensões da atividade da defesa, porém, reconhecendo as implicações recíprocas, é o primeiro passo na direção de deixar as coisas em seus devidos lugares.

(2) Conquanto ainda não devidamente disciplinada, o que tende a prejudicar sua utilidade para subsidiar a investigação oficial ou seu emprego no processo criminal, a investigação criminal defensiva deve ser aceita como atividade lícita. Em contrapartida, não se pode aceitar uma investigação criminal sustentada em trabalho de detetive particular ou fundamentada no Provimento nº 188/2018, do CFOAB, pelos motivos já elencados.

(3) O direito italiano, que já avançou bastante nesse tema<sup>43</sup>, pode servir como paradigma para o debate em torno da matéria visando sua adequada e menos

<sup>41</sup> Cf. art.360, do Código de Processo Penal italiano.

<sup>42</sup> Cf. DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, p.224.

<sup>43</sup> A jurisprudência dos tribunais italianos tendia a exigir que a *indagine difensive* fosse submetida ao Ministério Público, no que ficou conhecido como teoria da canalização. Porém, com a Lei nº 332, de 1995, garantiu-se ao defensor apresentar os elementos obtidos com sua investigação diretamente ao juiz.

traumática entronização no ordenamento brasileiro, preferencialmente, por ocasião da elaboração de um novo Código de Processo Penal, o que, todavia, já vem se arrastando há dez anos, e embora nos pareça pouco desejável, até mesmo de uma legislação específica.

(4) Uma eventual reformulação do modelo de investigação criminal brasileiro, com a assunção do Ministério Público a um protagonismo semelhante ao que ele desempenha em outros países, implicará necessariamente a admissão da investigação criminal defensiva como uma atividade destinada a qualificar a fase pré-processual. Afinal, deve-se sempre ter em mente que o fim último de qualquer investigação criminal é a melhor apuração dos fatos, com vistas ao resguardo do direito da coletividade à segurança pública, mas também das liberdades fundamentais da vítima e do investigado. Por isso, deve-se orientar e incentivar os membros do Ministério Público a lidar com a investigação criminal defensiva, o que pressupõe a realização de cursos de capacitação em suas escolas superiores.

Em suma, a investigação criminal defensiva, que não se confunde com a participação do investigado na investigação oficial, é uma atividade compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com a qual o Ministério Público deve lidar. Entretanto, não se pode aceitar uma investigação defensiva executada por detetive particular, porque limitada por lei sua atuação à área extracriminal, ou sustentada no Provimento nº 188/2018 do CFOAB, dada sua evidente inconstitucionalidade. As normas hoje vigentes no direito italiano podem servir como paradigma para o disciplinamento da matéria no direito brasileiro.

## Referências

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. *Considerações sobre o Tratamento da Investigação Criminal Defensiva no PLS nº 156/09*. Revista Justiça e Sistema Criminal, vol. 9, nº 16, jan./jun. 2017, p.233-246.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Ebook. 4ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BALDAN, Édson Luís. *Investigação Defensiva: o Direito de Defender-se Provando*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 15, nº 64, jan./fev.2007, p.253-273.

CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. *Lei nº 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular>. Acessado em 25.6.2019.

DELIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, vol.1. 2ª ed., Niterói: Impetus, 2012.

FRANÇA, Pablo Rodrigo; FURLANETO NETO, Mário; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. *Análise Crítica da Investigação Criminal e Defensiva no Brasil*. Revista Justiça e Sistema Criminal, vol. 10, nº 18, jan./jun. 2018, p.163-182.

FRANÇA, Rafael Francisco. Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil: Possibilidades e Limites. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Obtido em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4944/1/455370.pdf>. Acessado em 25.7.2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. A Investigação Criminal Defensiva. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Obtido em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php>. Acessado em 26.7.2019.

MALAN, Diogo. Investigação Defensiva no Processo Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 20, nº 96, maio/jun.2012, p.279-309.

SILVA, César Dario Mariano da. *A Inconstitucionalidade da Investigação Defensiva Instituída pela OAB*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva#_ftn3). Acessado em: 25.7.2019.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acessado em: 25.7.2019.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 18ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2017.



# Pena de multa criminal - uma abordagem realística

## *Criminal fine penalty: a realistic approach*

Maria Fernanda Dias Mergulhão\*

### Sumário

1. Considerações gerais. 2. Trâmite processual na execução da pena de multa. 3. Dívida ativa e pena de multa. 4. A posição do Supremo Tribunal Federal – a legitimidade do Ministério Público. 5. Questões pontuais quanto à aplicação das normas fazendárias na execução da pena de multa. 6. Destinação da pena de multa. 6.1. Atos administrativos limitativos de valores relativamente à execução da pena de multa. 6.2. Algumas normas fazendárias restritivas à executoriedade da pena de multa - o desvio indireto. 6.3. As limitações ao crédito pecuniário decorrentes de atos administrativos normativos. 6.4. Alguns casos em concreto de Estados da Federação na fixação do limite normativo aplicado para a execução da pena de multa. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

### Resumo

Os impactos da pena de multa criminal, dívida de valor após a edição da Lei nº 9268 /1996, são examinados no presente trabalho. Nem todas as normas atinentes à legislação tributária podem ser aplicadas para a execução dessa espécie de crédito público, de natureza não tributária. Os patamares mínimos fixados para execução de créditos inscritos na dívida ativa são incompatíveis com os princípios informadores da pena. A receita arrecadada com a pena de multa, hodiernamente, não é destinada ao Fundo Penitenciário Nacional, o Funpen. Essa espécie de pena, quando não voluntariamente adimplida, ou efetivamente paga até o Juízo da Execução Penal, não cumpre seu papel.

### Abstract

*The impacts of the criminal fine penalty, debt of value after the enactment of Law no. 9268/96, are examined in the present work. Not all rules pertaining to tax legislation can be applied for the execution of this type of public credit, of a non-tax nature. The minimum levels set for the execution of credits registered in the active debt are incompatible with the principles informing the penalty. The revenue collected from the fine today is not*

---

\* Doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado Rio de Janeiro.

*earmarked for the National Penitentiary Fund, Funpen. This kind of penalty, when not voluntarily paid, or actually paid until the Criminal Execution Court, does not fulfill its role.*

**Palavras-chave:** Pena de multa e dívida de valor. Legislação aplicável para a execução. Incompatibilidades. Limites para a execução fiscal do crédito na dívida ativa. Receita proveniente e utilização em fins diversos. Ineficácia da pena.

**Keywords:** *Penalty of fine and debt of value. Applicable legislation for enforcement. Incompatibilities. Limits for tax enforcement of credit on active debt. Revenue from and use for different purposes. Ineffectiveness of the penalty.*

### 1. Considerações gerais

Tratando-se de uma das espécies de sanção penal, a pena de multa não pode ser confundida com outras sanções de cunho pecuniário, a exemplo da *prestação pecuniária*, prevista no artigo 43, inciso I do Código Penal, tão pouco com valores em pecúnia da sanção denominada *perda de bens e valores*, também prevista no mesmo dispositivo legal, no inciso II. É prevista de forma alternativa ou cumulativamente a outro preceito sancionador, de acordo com a opção política do legislador no processo de valoração dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal.

Multa criminal não guarda qualquer semelhança com outras sanções pecuniárias, a exemplo de *composições civis* ou *transações penais* no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, quando essas girarem em torno de valores em pecúnia, por se tratar de medidas despenalizantes.

A pena pecuniária é a prevista *in abstracto* nos tipos penais e também está prevista nas hipóteses de multa substitutiva, previstas nos artigos 44, parágrafo 2º, e 60, parágrafo 2º do Código Penal. Portanto, o lastro da pena de multa é amplo e, conseqüentemente, as receitas advindas de sua arrecadação.

Afeta ao processo de descarcerização, a pena de multa, porém, é alvejada por muitos por ser discriminatória ante a diversidade e desnivelamento das classes sociais na sociedade brasileira. Sob esse prisma, a pena de multa seria um pesado fardo para os menos afortunados enquanto que, para outros, afortunados, sequer as funções da pena seriam atendidas

A Reforma Penal de 1984 - Lei nº 7209/1984- atenta à desigualdade econômica no Brasil, previu, no *caput* e parágrafos do artigo 49 do Código Penal, maior discricionariedade judicial na fixação do número dos dias-multa (“... mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa”) e na valoração dos mesmos, quanto ao valor unitário do dia-multa (“...não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes esse salário”) com vistas a reduzir o impacto na aplicação do Princípio da Isonomia constitucional.



Para uma noção concreta sobre os valores atuais da pena de multa, no ano 2020, concebe-se, através do salário mínimo vigente de R\$ 1.045,00. Cinco vezes referido salário-mínimo: R\$ 5.225,00. 1/30 do salário-mínimo: R\$ 34,8333, aproximadamente R\$ 35,00. Se 360 dias-multa é o número máximo de dias-multa e o valor máximo para cada dia-multa é R\$ 5.225,00, o valor máximo de uma pena de multa é R\$1.881.000,00. Portanto, considerando o valor de um salário-mínimo no Brasil, esse valor, para cada multa, por crime, não é um valor a ser desconsiderado como receita do Estado.

Há situações peculiares na pena de multa, vez que, como qualquer pena, ela deve incidir apenas na pessoa do réu. Em princípio, para cumprir seu desiderato, apenas o réu poderia realizar o seu pagamento, inadmitindo-se terceira pessoa. No entanto, citando Ferrajoli, afirma Greco: "Ferrajoli, com a precisão que lhe é peculiar, aduz que 'a pena pecuniária é uma pena aberrante sob os vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena *impessoal*, que qualquer um pode saldar"<sup>1</sup>.

Reafirmando, o alicerce normativo da multa criminal está nos artigos 49 *usque* 52 e 58 do Código Penal. Previstos os limites – 10 a 360 dias-multa –, a destinação – fundo penitenciário –, o valor do dia-multa e a não tão novel inovação legal quanto à impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade, nas hipóteses de inadimplemento (artigo 51 com redação estabelecida na Lei nº 9268, de 1/04/96).

A quase unanimidade da Doutrina e Jurisprudência brasileiras aplaudiu a vedação à conversão dessa pena pecuniária em pena privativa de liberdade, como movimento progressista e humanizante do Direito Penal em atenção, principalmente, ao que fora celebrado no Pacto de São José de Costa Rica. Sanções corporais no moderno Direito Penal, *in casu*, o direito à liberdade não poderá ser maculado sob o pretexto de que uma multa criminal seja idealmente adimplida.

Considere-se que o Direito Penal é o que atua de forma mais contundente no organismo social porque, dentre as sanções previstas, é o único que prevê a maior coercitividade consubstanciada no cerceamento do direito à liberdade, direito constitucional absoluto, só desconsiderado nos casos de violação às normas penais, segundo as garantias do devido processo legal, legalidade e anterioridade penal (artigo 5º, inciso LV CR e 1º Código Penal).

Como é amplamente valorativo, o Direito Penal deve se coadunar com o *modus vivendi* e o que aquela sociedade (*lato sensu*) deve eleger por comportamento nocivo à vida em coletividade. Dentro dessa análise, de ordem moral, religiosa, antropológica e sociológica, o Direito deve atuar perquirindo acerca de sanções não privativas de liberdade como medida hábil à contenção de tipos penais.

Questiona-se, assim, em qual medida penas de multa criminais, e congêneres, se aplicadas em patamares maiores, se tornariam medidas eficazes tanto quanto, ou mesmo até mais, do que as penas privativas de liberdade para determinadas infrações

<sup>1</sup> *Apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 90.

penais. Afinal, receita para o Estado e despesa zero quanto aos custos da manutenção de uma pessoa no cárcere não é medida razoável se os fins da pena forem atingidos?

Após a inovação legislativa estabelecida em 1996, a multa penal *perdeu a conversibilidade em pena privativa de liberdade*, como outrora mencionado, provocando discussões amplas quanto à legitimidade do Ministério Público para a sua execução.

No cenário inicial, ostentando natureza jurídica de dívida de valor, as penas de multa só poderiam ser executadas pelo Procurador da Fazenda. Abriu-se discussão, à época, quanto à atribuição da Procuradoria da Fazenda, inclinando-se outra parte no sentido de se firmar para a legitimação da Procuradoria da Fazenda Nacional, enquanto outros entendiam ser parte legítima a Procuradoria da Fazenda Estadual, com respectiva inscrição da dívida ativa, dívida não tributária, porque a multa penal não se origina do recolhimento de impostos, taxas ou contribuições de melhoria ou sociais.

## 2. Trâmite processual na execução da pena de multa

Outras importantes questões surgiram, a exemplo do trâmite processual e do Juízo competente. No entanto, a letra da Lei foi clara quanto a serem aplicadas “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” (art. 51 CP) para as multas penais, dívida de valor, após a edição da Lei nº 9.268/1996.

Bettiol, à frente em seu tempo, já alertava para a necessidade de maior reflexão sobre a conversão em prisão da multa impaga:

A pena pecuniária (multa para os delitos, coima para as contravenções)  
– É uma pena conhecida pela generalidade das legislações, que não se deve confundir com a reparação do dano. Trata-se duma autêntica pena que pretende conservar o seu caráter de sanção pessoal, aflitiva e proporcionada. E isto sob dois ângulos: antes de mais, nos crimes determinados por motivo de lucro ou quando, pelas condições econômicas do réu, a pena seria ineficaz (enquanto não sentida pelo culpado), será aumentada até o triplo. Em segundo lugar, se o delinqüente não tem condições de pagar, a pena pecuniária converte-se em pena detentiva na base do princípio segundo o qual *qui non habet in aere luat in corpor*. Já se levantaram dúvidas quanto à legitimidade constitucional desta conversão porque, deste modo, vem a estabelecer-se uma desigualdade entre condenado possidente e não possidente. Este último está exposto à possibilidade de uma pena detentiva de que o primeiro estaria graças às suas disponibilidades econômicas, isento. A observação não é infundada e deveria ser objecto de reflexão por parte do Tribunal Constitucional. Não se harmoniza com as exigências de justiça social que, quem é privado de meios, corra o risco de sofrer uma pena em concreto

mais afliativa- como é a pena detentiva em confronto com a pena pecuniária- que a sofrida por quem tem possibilidades<sup>2</sup>.

Grandes celeumas foram travadas com a nova Lei e, muitas, até hoje, não foram pacificadas, a par da necessidade de serem rediscutidas questões inerentes à aplicação da pena de multa nos novos moldes implementados.

Destarte, o novo texto normativo é preempatório, *in verbis*:

Artigo 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada *dívida de valor*, aplicando-se-lhes as *normas da legislação* relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

§ 1º- Na conversão, a cada dia-multa corresponderá a um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.

*Revogado pela Lei nº 9268/96.*

§ 2º- A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.

### 3. Dívida ativa e pena de multa

Antes de instaurar o processo executório fiscal, imprescindível a inscrição do débito pecuniário na dívida ativa da Fazenda Pública. Assim, a multa penal deve ser inscrita, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para viabilizar a futura ação coercitiva.

Não há prazo legal para a inscrição do débito pecuniário na Dívida Ativa. Contudo, há prazo para o ajuizamento da medida judicial (ação de execução fiscal), posto que a inércia poderá acarretar a prescrição da pretensão executória prevista no artigo 114 do Código Penal.

Neste diapasão, felizes as observações de Ronaldo Cunha Campos - *verbis*:

Cumprido desde já notar que a expressão “Dívida Ativa” recebe inúmeras críticas. Na realidade não se mostra feliz. Dívida Ativa designa um grupo de créditos dos entes públicos e não débitos seus. Estes se agrupam sob o rótulo dívida passiva.

Induvidosamente a expressão “Dívida Ativa” revela-se equívoca. Contudo, a lei a maneja, e cumpre-nos tão só elucidar seu conteúdo.

A Lei 4. 320/64, com a redação dada pelo Decreto-Lei 1. 735, de 20 de dezembro de 1979, ao seu art. 39, desenha os contornos desta figura.

<sup>2</sup> BETTIOL, G. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974, p. 177-178.

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza trinitária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º- Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º- Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcanços dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

A Dívida Ativa não se confunde com crédito tributário, seu conceito oferece maior abrangência. O texto legal é claro (art. 39, § 2º)<sup>3</sup>.

#### **4. A posição do Supremo Tribunal Federal – a legitimidade do Ministério Público**

E o caráter penal dessa sanção pecuniária teria se perdido? Correlatamente, a atribuição do Ministério Público teria se esvaziado diante dessa nova natureza jurídica? Como compatibilizar dívida de valor e atribuição ministerial?

Essas indagações perduraram até o julgamento em Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 13 de dezembro de 2018, ao ter se firmado entendimento, segundo o qual “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão ‘aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição’, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator)

<sup>3</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995, p. 10-12.

e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli.”

Não há dúvidas, após o julgado em referência, que o Ministério Público é parte legítima para a execução da pena de multa, no âmbito do Juízo competente, o Juizado de Execução Penal. Portanto, ainda que tenha natureza jurídica de dívida de valor, o caráter da penal da multa decorrente da prática de uma infração criminal foi reconhecido. O pedido da ADI foi estritamente relacionado à definição da atribuição da parte legítima para a execução da pena criminal e, ao final, por decisão Plenária do STF, em fins de dezembro de 2018, foi encerrada a celeuma processual para reconhecer a atribuição do Ministério Público.

A par dessas importantes questões definidas, uma outra não menos relevante ficou sem definição. Em verdade, antes e após o julgado do Pretório Excelso permanece sem definição, culminando para o completo esvaziamento da pena de multa criminal até os dias atuais. Referimo-nos, aqui, *aos limites pecuniários estabelecidos pelos atos administrativos normativos de cada Estado da federação brasileira para a promoção da execução fiscal e também do estabelecido pela Fazenda Nacional*. Relembre-se que multa criminal constitui dívida ativa não tributária e que “a legislação da dívida ativa da Fazenda Pública” é aplicada, quando não adimplido o débito perante o Juízo da Execução Penal, quando se esgota a atribuição do *Parquet*.

Diante da submissão da pena de multa, dívida de valor, às normas da legislação fazendária, não será surpresa se estatísticas apontarem para a esmagadora maioria das execuções de multas criminais não adimplidas no Juízo da Execução Penal *se revelarem ineficazes quanto ao seu fim, que é a obtenção de receita proveniente do valor em pecúnia estabelecido na condenação*. Esse é o ponto principal: analisar os perigos do instrumento do Direito, a Lei, fulminar o instituto que lhe dá suporte, e que mereceria seu amparo, jamais sua destruição. Pois bem, a pena de multa não cumpre seu papel sancionador (efeitos retributivo e pedagógico), quiçá cumpre seu papel de prover o Funpen - fundo penitenciário.

Antes das considerações que se fazem necessárias para o descalabro processual, consolidado há anos na justiça brasileira, quanto à execução da pena de multa, importante registrar o voto condutor do julgado, pelo Ministro Luis Barroso, na ADI 3150, que reafirmou o entendimento apresentado na 12ª questão de ordem na AP 470, votando, ao final, pela procedência parcial da referida ADI. Ali foi externado o entendimento segundo o qual a atual redação do artigo 51 do Código Penal transformou a multa em dívida de valor, não retirando, contudo, a atribuição do Ministério Público para efetuar sua cobrança, considerando o caráter penal dessa espécie de sanção penal previsto, inclusive, na Constituição da República (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “c”), o que tornaria impossível alterar sua natureza jurídica por lei. Registrou, também, que a Lei de Execuções Penais reconheceu, expressamente, a atribuição do Ministério Público para executar a dívida proveniente de multa criminal no Juízo da Execução Penal sem que haja substituição do Procurador da Fazenda. Registrou, também, que a sentença criminal é título executivo judicial, inexistindo

fundamento jurídico para a inscrição do débito na dívida ativa, já que esta é um título executivo extrajudicial. Fez menção ao voto proferido na 12ª Questão de Ordem na AP 470 quanto ao não oferecimento da execução da pena no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, o juízo da vara criminal comunicará ao órgão competente da Fazenda Pública para efetuar a cobrança na vara de execução fiscal. “Mas a prioridade é do Ministério Público, pois, antes de ser uma dívida, é uma sanção criminal”, reiterou. Seguiram essa corrente os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (presidente). Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que votaram pela improcedência da ADI por entenderem ser competência da Fazenda.

De relevo destacar que os *fundamentos* decisórios dessa ADI *extrapolam os limites do pedido*, cujos limites objetivos são estreitamente vinculados à discussão da legitimação do Ministério Público para a execução da pena de multa. Portanto, questões inerentes à dispensa da inscrição do débito na Dívida Ativa e correspondente expedição de ofícios entre os Juízos da Execução Penal e da Execução Fiscal não estão acobertadas pelo manto da imutabilidade do *decisum*, não constituindo coisa julgada.

Entretanto, credita-se boa medida à proposta de expedição de ofícios entre os Juízos, a fim de que a multa penal seja executada de forma direta, sem passar por prévia inscrição, principalmente *sem passar por limitação de valores previamente fixados em atos administrativos normativos para a propositura da respectiva ação de execução fiscal, sob o rito da Lei n. 6830/1980. Valores, em regra, bem elevados considerado o patamar médio socioeconômico do brasileiro e o valor estabelecido para o salário-mínimo, obrigatoriamente nacional.*

A receita proveniente da multa penal se afigura completamente desproporcional ao número de condenações por multa penal e o FUNPEN (fundo penitenciário), que possui função primordial de manter, aprimorar e criar novos estabelecimentos prisionais, com vistas ao cumprimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III da Constituição da República), é o principal destinatário de tantas ineficácias normativas.

## **5. Questões pontuais quanto à aplicação das normas fazendárias na execução da pena de multa**

Problemas sérios defluem da aplicação da Lei de Execuções Fiscais à pena de multa, considerando-a sanção penal, a exemplo do inafastável princípio da intranscendência da pena. A partir daí, questiona-se:

- a) A lei de execuções fiscais, à exceção do prazo prescricional previsto no artigo 114 do Código Penal, seria aplicada na íntegra, sem qualquer restrição, nas execuções das multas penais?
- b) Na hipótese de aplicação irrestrita, haveria conflito com o princípio da intranscendência da pena figurar no pólo passivo, como

executados, terceiros estranhos à prática do delito, na qualidade de “responsáveis”?

c) O mesmo conflito seria verificado quando, *pos mortem*, fossem chamados, na qualidade de executados, possíveis herdeiros do réu (apenado) que falecera antes da deflagração da ação executiva? O raciocínio inerente à extinção da punibilidade quando em curso o cumprimento da pena privativa de liberdade seria aplicado para a pena pecuniária?

d) A aplicação integral do rito estabelecido para a cobrança da pena pecuniária ensejaria arguição de inconstitucionalidade quando em foco a pena de multa criminal, de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República?

Procurando enfrentar questionamentos de ordem prática, vislumbramos que, como primeiro passo, há de se destacar que a única restrição, de ordem legal, verificada no novel artigo 51 do Código Penal, diz respeito aos prazos prescricionais previstos no artigo 114 do Código Penal, já que a Lei nº 9268/1996 expressamente disciplinou esse dispositivo.

Relativamente à prescrição, frise-se que as causas interruptivas e suspensivas estão previstas no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei nº 6830/1980, como também nos artigos 151 a 155 do Código Tributário Nacional.

Houve reforço legal quando mencionado que, para a execução da pena de multa decorrente de infração penal seriam aplicadas “... as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. Chegar-se-ia à conclusão que o procedimento, na íntegra, previsto naquele diploma normativo deverá ser aplicado. Normas de caráter extrapenal, portanto, seriam aplicadas à execução da pena de multa.

Daí deflui que os responsáveis, da mesma forma que o devedor – artigo 4º, incisos V e I da Lei 6830/1980 –, poderiam ser executados, também, quando o crédito decorrer de multa penal.

Haveria, nesse passo, violação ao princípio da intrancendência penal? Qualquer resposta deve preceder ao exame da constitucionalidade, *in casu*, do disposto no artigo 5º, inciso XLV da Consituição Federal em vigor.

Não restam dúvidas que o legislador infraconstitucional e, conseqüentemente, a nova multa penal admitem que o “terceiro” responda com patrimônio próprio. Porém, há de ser realizado o exame constitucional nessa hipótese.

Segundo o dispositivo constitucional sob exame, apenas a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens autorizariam o ingresso dos sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido, no polo passivo de uma ação de cobrança e/ou executiva.

E a pena de multa? Através da simples interpretação gramatical, extrai-se do texto constitucional que referida pena não foi encartada entre as duas exceções, o que redundaria afirmar que a pena de multa só pode responsabilizar àquele que cometeu a infração penal.

Com apurada reflexão acerca do tema, levamos à baila a seguinte discussão: haveria, de fato, violação ao princípio da intranscendência da pena, na hipótese dos sucessores serem chamados a integrar o polo passivo de uma demanda em cujo crédito constasse a multa penal? Aqui não pode se olvidar que os sucessores seriam chamados para pagar esse débito pecuniário, nos limites do valor transferido, isto é, nos limites da herança deixada pelo *de cuius*, ora apenado. Não haveria violação ao princípio da intranscendência porque a pena não estaria passando à pessoa do condenado sendo, pois, exemplificativas as duas hipóteses elencadas no artigo 5º, inciso XLV da Constituição.

De outra feita, a certo, poderia surgir raciocínio diverso no sentido de que o apenado falecido, ainda que transferisse bens aos seus sucessores, não haveria contra esses a cobrança desse crédito público pela transgressão ao princípio da intranscendência da pena, já que morto, deixaria de ser “pessoa”. Seria argumento contrário, também, a pseudo taxatividade das hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional, por se tratar de norma de exceção e constrictiva de direitos.

Reforça-se esse argumento, quando o texto constitucional explicita apenas a obrigação de reparar o dano e a pena de perdimento de bens serem as únicas hipóteses, nos termos da lei, a autorizar a extensão aos sucessores nos limites do patrimônio transferido pelo apenado.

Nesse aspecto, a pena de multa no direito penal argentino, segundo Soler:

*La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez. Es una verdadera pena, cuyo fin es herir al dlincente en su patrimonio; en consecuencia, al igual que las demás penas, es personal. Es inaceptable el pago de la multa por un tercero; no hay solidaridad entre varios obligados, ni puede herdarse la obligación de pagarla. Si el autor del delito muere antes de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, queda extinguida la acción penal; si muere después, y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, tal obligación queda extinguida, y no afecta a los herederos, según se desprende de la disposición del art. 70, C. P., que autoriza la ejecución de los bienes propios del condenado, aun después de muerto, para el pago de las indemnizaciones pecuniarias inherentes a la pena. La multa no tiene ese carácter. Por otra parte, para que la multa se transforme en un crédito común sería preciso una disposición específica, ya que es evidente que, al hacerse efectiva contra los herederos, pierde su carácter de pena, pues no puede ser convertida*



*em arresto. El fin del Estado, al imponer una multa, no es el de aumentar sus rentas o crear-se una fuente de recursos, sino reprimir un delito en la persona de su autor*<sup>4</sup>. (grifo nosso)

Carrara aduz:

De resto, convém ter presente que a pena pecuniária deve, na lei criminal, ser sempre despida de qualquer ideia de indenização, bem como diferenciar-se desta. Tal distinção não é apenas tecnológica; ela influi sobre as consequências jurídicas da passagem em desfavor dos herdeiros, da solidariedade, e da responsabilidade de terceiros-coisas, todas essas, que se podem admitir quando uma “ammenda”, imprópria chamada pena, não seja em substância senão uma reparação do dano. Repugnam elas à multa irrogada como verdadeira pena, uma vez que, embora pecuniária, não deve esta deixar de ser pessoal<sup>5</sup>.

A situação dos responsáveis se torna ainda mais complexa, eis que a Lei de execução fiscal não admite o “benefício de ordem” podendo serem acionados, aleatoriamente, o verdadeiro devedor ou o responsável. Nesse caso, entendemos que haveria inconstitucionalidade do disposto no artigo 4º, inciso V da Lei n. 6830/1980, na hipótese do crédito exequendo ser a multa penal, de acordo com o supracitado dispositivo constitucional.

Quanto às fases da pena de multa, entendemos ser pertinente analisar os momentos anterior e posterior ao trânsito em julgado, uma vez que o disposto no artigo 51 do Código Penal refere-se à sua nova natureza jurídica somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória estará formado o título executivo hábil à instrução do processo executório, o que a torna dívida de valor, segundo o novo diploma normativo.

Contudo, cabe analisar o período que intercede ao trânsito em julgado da sentença, isto é, a fase consistente na sua aplicação e o momento relativo ao trâmite recursal. Em outras palavras: Caberia execução provisória da pena de multa? Qual sua verdadeira identidade nesse período? Seria aqui, também, dívida de valor?

Desmembrando os questionamentos, passamos a análise.

A pena de multa será considerada dívida de valor somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória à luz do *caput* do artigo 51 do Código Penal.

<sup>4</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 445-446.

<sup>5</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 145.

Assim, o processo executório estabelecido na Lei de Execuções Fiscais só poderia ser utilizado após esse momento, isto é, após o trânsito em julgado da sentença.

Em momento anterior, isto é, entre a aplicação e a fase do trâmite recursal, caberia a execução da pena de multa?

Considerando que nas penas privativas de liberdade é possível a execução provisória quando, na sentença, o juiz negar à liberdade impondo ao réu o recolhimento ao cárcere, é possível, também, a execução provisória da pena de multa? Em caso afirmativo, qual seria o rito a ser obedecido?

Entendemos não ser possível a execução provisória da pena de multa, não pela existência de recursos em trâmite que em nada obstará à execução, mas porque haveria impeditivo legal para a utilização da Lei 6830/1980 antes do trânsito em julgado da sentença condenatória na vigência do novel artigo 51 do Código Penal.

A fase de execução, portanto, somente poderá ser instaurada após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e para a defesa.

## 6. Destinação da pena de multa

O artigo 49 do Código Penal é claro ao dispor que “A pena de multa consiste o pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. (grifo nosso)

De forma clara, Mestieri: “A pena de multa é o substitutivo clássico para as penas curtas de prisão. Consiste no pagamento ao fundo penitenciário de um certo valor em dinheiro, fixado na sentença”<sup>6</sup>.

Nunca se colocou em dúvida a correta e legal destinação da pena pecuniária, já que nada mais salutar do que ser destinada a um fundo que compete, principalmente, ao custeio e manutenção do sistema carcerário. *In casu*, trata-se da Lei Complementar nº 79, de 7-1-94 que disciplina o Fundo Penitenciário Nacional-Funpen.

Entretanto, sem qualquer razão plausível, após a edição da Lei nº 9268/1996 com novas características outorgadas à multa penal, o então Presidente da República editou a Medida Provisória nº 2.168, de 28-06-2001 que, no ano de 2003, encontrava-se na 38ª reedição, disciplinando o ingresso de receita proveniente da arrecadação com penas pecuniárias para o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, de forma absolutamente inconstitucional, já que o Código Penal, em hipótese alguma, pode ser objeto de reforma por via de medidas provisórias, na esteira clara do artigo 22, inciso I da Constituição Federal em vigor – “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (grifo nosso)

<sup>6</sup> MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990, p. 339.

Como anteriormente analisado, a pena de multa é PENA, mas a título, contudo, de argumentação, a prosperar a tese da sua natureza jurídica ter se modificado para crédito tributário, mesmo assim o Chefe do Executivo Nacional não estaria autorizado a emitir medida provisória na esteira que o fez, com base no artigo 21, inciso I da Constituição Federal, eis que a União, *in casu*, o Congresso Nacional seria o único legitimado a proceder qualquer espécie de reforma.

Nesses termos, as preciosas lições de Mirabete:

As multas constituem recursos do Funpen (Fundo Penitenciário Nacional) criado pela Lei Complementar nº 79, de 7-1-94, que foi regulamentada pelo Decreto nº 1093, de 23-3-94, conforme dispõe o artigo 2º, inciso V, do primeiro diploma. Entretanto, em mais um absurdo da legislação pátria, as “penas pecuniárias” passariam a constituir receita do serviço nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, criado no Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária, tal como consta do art. 10, inciso VI da Medida Provisória nº 2. 168-38, de 28-06-01<sup>7</sup>.

A Medida Provisória nº 2168 foi reeditada por 40 vezes, isto é, vigeu por mais de 03 anos consecutivos!!!! A receita proveniente da pena de multa criminal foi destinada, nesse período, para setor completamente distinto do seu natural destinatário sem que grande parte da sociedade civil conhecesse essa abominável medida!

Beiramos o limite do absurdo admitindo esse tipo de medida, hoje integrante de um passado. Entretanto, insta salientar que não menos absurdo relembrar que não há no texto legal uma “blindagem” necessária para serem evitados esses tipos de desvios por obra do Executivo Nacional.

O disposto no artigo 49 do Código Penal é claro e peremptório: “A pena de multa consiste no pagamento ao *fundo penitenciário* da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Inobstante ser da competência da União legislar sobre Direito Penal (artigo 22, inciso I da Constituição da República), lei formal e *stricto sensu*, não parece que essa determinação deixe imune a incidência de medidas provisórias, como na hipótese sob exame, o que deve ser evitado não só como garantia do Estado de Direito, mas para não existir, indevidamente, o esvaziamento de receitas destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional.

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 290.

## **6.1. Atos administrativos limitativos de valores relativamente à execução da pena de multa**

A Administração Pública tem o poder-dever de se pronunciar para fiel cumprimento de seu mister, que é gerir a *res pública*. Assim, emite atos administrativos normativos, enunciativos, negociais, punitivos e ordinatórios, de acordo com o comando a eles intrínsecos.

Os atos administrativos normativos guardam relação de hierarquia com a Constituição e a Lei, já que o campo reservado à autonomia dessa categoria não mais subsiste no atual texto constitucional.

Não há, portanto, qualquer afronta ao texto constitucional ou à Lei quando impõe, internamente, normas para viabilizar a propositura de ações, em especial, quando fixa limite pecuniário. O princípio da economicidade ganhou *status* constitucional, posto ser princípio fundamental à Administração Pública<sup>8</sup>, devendo nele pautar toda a sua atividade. Sendo assim, a Fazenda Pública pode não ajuizar, *v.g.*, execução fiscal se o crédito exequendo estiver abaixo do fixado administrativamente.

Problema sério se apresenta quando o crédito exequendo é oriundo de multa penal, vez que uma das características da sanção penal é sua *inderrogabilidade*, ou seja, a certeza de seu cumprimento, traduzindo-se em verdadeiro princípio vetor do direito penal. Como compatibilizar o Princípio da Inderrogabilidade com os valores estabelecidos por atos administrativos inerentes à legislação tributária na execução da pena de multa?

## **6.2. Algumas normas fazendárias restritivas à executoriedade da pena de multa - o desvio indireto**

Há uma grande disparidade entre os valores mínimos estabelecidos para a execução da pena de multa porque cada Estado tem autonomia para exercer o juízo de oportunidade e conveniência para o crédito exequendo. Reafirme-se que as normas de direito tributário são aplicáveis aos créditos tributários e não tributários, entre estes, a pena de multa criminal.

Não se olvide para a competência da União, através da Fazenda Nacional, também legitimada para exercer o juízo de oportunidade e conveniência na fixação do valor mínimo para a execução fiscal, apesar de que, em matéria de execução penal (pena de multa tem natureza penal), o Juízo de Execução Penal é uno para crimes praticados contra qualquer ente federativo e contra qualquer poder da República. Portanto, para fins de execução da pena de multa, o Juízo de Execução Penal de cada Estado e, caso não adimplida a pena de multa, o Juízo da Dívida Ativa é o competente para o processamento e julgamento da execução fiscal inerente à multa criminal.

A Lei de âmbito nacional é aplicada – Lei 6830/1980 –, e também atos administrativos normativos inerentes à valoração exequendos, aplicáveis não só à

<sup>8</sup> Cf. Artigo 37 Constituição Federal de 05-10-1988.

multa criminal (receita não tributária), quanto para todas as receitas tributárias, já que ambas integrarão a dívida ativa do Estado.

Relembre-se que toda a receita proveniente da pena de multa deve ser destinada ao Funpen, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07/01/1994, segundo o qual fora instituído com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e o programa de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional. Constitui recursos do Funpen, segundo o artigo 2º, inciso V: “multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado.”

Importante, também, registrar alguns fins do Funpen, a exemplo do que é disposto no artigo 3º:

Inciso I- Construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais;

Inciso III- manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança;

Inciso VI- Formação educacional e cultural do preso e do interno;

Inciso IX- Programa de assistência a vítimas de crime;

Inciso X- Programa de assistência aos dependentes de presos e internados;

Inciso XIV- Manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica (incuído pela Lei Complementar nº 119/2005);

Inciso XVI- programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de pena restritiva de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio de viabilização de convênios e acordos de cooperação;

Inciso XVII- Financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária.

À vista dos dispositivos legais transcritos, extreme de dúvidas que as receitas integrantes do Funpen não têm por fim, exclusivamente, o presidiário. Os fins são amplos e de extrema importância para o Direito Penal. O esvaziamento de receitas provoca, indubitavelmente, a impossibilidade de implementar e executar todos esses comandos normativos!

### **6.3. As limitações ao crédito pecuniário decorrentes de atos administrativos normativos**

Cada Estado da federação possui competência normativa para fixar valores mínimos para a execução do crédito tributário. Não se exige lei formal, na medida em que o juízo de oportunidade de conveniência para esse fim pode ser disciplinado por ato administrativo normativo, via de regra, por Portarias ou Resoluções.

Questiona-se, no entanto, se essa diretriz se coadunaria com o princípio da inderrogabilidade da pena de multa. É razoável determinar valores mínimos para a

execução da pena de multa? E os fins da pena? Determinar valor mínimo para executar pena de multa não violaria as funções da pena (retributiva e pedagógica), também aplicáveis às penas pecuniárias, na medida em que a coercitividade estatal não seria de plano impedida em face da não propositura da ação pelo valor mínimo imposto?

Assim sendo, a multa penal se não adimplida voluntariamente pelo condenado, no Juízo de Execução Penal, o Promotor de Justiça tem o poder-dever de cobrar o valor do referido crédito, mas ainda sem novo processo e no curso da carta de execução de sentença - CES.

No Juízo da Execução Penal, frise-se, o crédito é cobrado na sua integralidade, aplicando-se a correção monetária ao tempo da cobrança. No entanto, se não adimplida a multa penal e esgotadas as tentativas, remete-se ao Juízo da Execução Fazendária, a Dívida Ativa, para a cobrança coercitiva, segundo a legislação aplicável própria (Lei 6830/1980). Nesse segundo cenário, haverá limitação ao crédito não tributário decorrente da multa criminal! Reafirme-se que tal limitação é completamente incongruente com a natureza da PENA de multa, eis que a ela ínsito o princípio da inderrogabilidade.

Só caberá, a nosso ver, a arguição da inconstitucionalidade, *incidenter tantum* ou por via direta (artigo 103 da Constituição da República), a fim de que o absurdo já institucionalizado continue a gerar efeitos, acabando, por completo, a pena de multa e, por conseqüência, o fundo penitenciário nacional. Do contrário, o sistema carcerário brasileiro continuará caótico pela suposta “falta de verbas”.

#### **6.4. Alguns casos em concreto de Estados da Federação na fixação do limite normativo aplicado para a execução da pena de multa**

São Paulo - Lei Estadual nº 16.498/2017 e Resolução PGE-21, de 23/08/2017. Artigo 1º - Não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos abaixo relacionados, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs): inciso XIV- multas criminais impostas em processos criminais. 01 UFESP, ano 2020- R\$ 27,01 (ano 2019 – Ufesp- R\$16,53/ 1200 Ufesp - R\$ 31.836,00). O valor de 1.200 UFESP, no ano 2020: R\$ 33.132,00

Rio de Janeiro – Lei Estadual nº 8646, de 09/12/2019. Valor mínimo para ajuizamento de execuções fiscais – Resolução PGE 2436, de 14 janeiro de 2008, Decreto 46.362, de 16/07/2018. Resolução PGE/RJ nº 2436/, de 14 de janeiro de 2008, que trata sobre o “valor mínimo para ajuizamento de execuções” – Não ajuizamento de execução fiscal se o valor for inferior a 2.136,03 UFIRs. Decreto nº 27.518/200 institui as UFIRs (Decreto 27.518, de 28/11/2000). Secretaria Fazenda determina o valor do valor unitário da Ufir/RJ – R\$ 3,5550. Para a propositura de uma ação de execução fiscal no Estado do Rio de Janeiro, para créditos tributários e não tributários (multa criminal) – Valor Total: R\$ 7.593,58665 arredondando seria R\$ 7.593,5 ou R\$ 7.593,58.

Distrito Federal - artigo 4º da Lei Complementar nº 904, de 28/12/2015 (Dispõe sobre racionalização ao ajuizamento de execuções fiscais, regula a inscrição e cobrança

da dívida ativa do Distrito Federal, e dá outras providências). Não inscrição em dívida ativa de créditos tributários e não tributários, cujo valor consolidado, por devedor, seja inferior a R\$ 350,00.

Espírito Santo- Ato Normativo nº 06, de 07/06/2017. Neste não são previstos limites à execução da pena de multa, mesmo quando aplicada normas de natureza fazendária, tendo em vista tratar-se de dívida de valor.

## 7. Conclusão

Ao fim desse estudo não é difícil constatar o quanto a legislação fazendária aplicada à multa, como dívida de valor, fulmina à sua própria existência inviabilizando o pagamento, quando a razão do processo é justamente oposta. O instrumento passou a ser um fim em si próprio, anulando créditos valiosíssimos para a estrutura do Estado.

Além da existência de um “funil” para o crédito decorrente da multa impaga ser instrumentalizado no Juízo não penal, no processo de execução fiscal, há o desvio de receitas advindas da multa criminal para outros setores do Estado, inobstante o vasto elenco de funções a serem desempenhadas pelo fundo penitenciário.

Leva-se à reflexão o limite do juízo de conveniência e oportunidade na fixação dos referidos patamares mínimos ao argumento da suposta economicidade, levando-se os custos de um processo de execução fiscal. A disparidade de valores apontados nos Estados da Federação, em três exemplos trazidos à colação nesse trabalho, a toda prova, já é suficiente para essa conclusão.

Reforça esse pensamento levar-se em conta que há grande tecnologia disponível aos operadores do direito, os Procuradores da Fazenda, não só quanto a ferramenta do processo eletrônico e mesmo com o uso da inteligência artificial (robótica) na seara do Direito.

Há outras vias de cobrança do crédito fazendário, mesmo sem os limites mínimos retromencionados, a exemplo da cobrança pelo protesto extrajudicial da certidão da dívida ativa. Entretanto, quiçá ocorre na praxe forense essa modalidade quanto as penas de multa criminal.

Não objetivando transbordar os limites desse estudo, critica-se, também, o patamar mínimo para execução de créditos na Dívida Ativa da União pela Fazenda Pública Nacional, sendo certo que a pena de multa não está aqui inserta. Nessa linha:

*Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aumenta para R\$20.000,00 o limite mínimo para se ajuizar execuções fiscais para débitos com o Fisco. Até então o valor era R\$10.000,00.*

Estudos do IPEA (Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada), como órgão consultivo em janeiro de 2012, para elaboração de ato administrativo normativo, aponta que ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21.700,00, a União dificilmente consegue recuperar valor ou igual ao custo do processo judicial.

Por fim, a título de reflexão urge formular a indagação: São razoáveis os valores apontados para o não ajuizamento de uma ação de execução fiscal dentro do cenário econômico brasileiro? Sequer o processo é proposto, sequer há tentativa de cobrança extrajudicial através do protesto da certidão da dívida ativa, simplesmente adota-se a medida de não utilizar a máquina estatal para o recolhimento de receita, aprioristicamente, desnecessária para os cofres públicos e pronto!? Esses patamares valorativos violam, no mínimo, o Princípio da Moralidade Administrativa estatuído no artigo 37, *caput* da Constituição da República. A inconstitucionalidade é flagrante e merece desafiar arguição de inconstitucionalidade, por qualquer de suas formas, para dar coesão ao fim colimado pela norma.

### Referências bibliográficas

- BETTIOL, G. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1974.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal – parte geral*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957.
- MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.



# Possibilidade da responsabilidade penal do Estado. Eventualidade da sua coculpabilidade no ato ilícito. O “apelo societário” e a “exigibilidade da conduta diversa”

*Possibility of the State’s criminal responsibility.  
Eventuality of its joint culpability in the illegal act. The  
“corporate appeal” and the “enforceability  
of diverse conduct”*

Ricardo Valente Souto de Castro\*  
Fernando Souto de Castro\*\*

## Sumário

1. Objetivo, metodologia e desenvolvimento do trabalho. 1.1. Objetivo. 1.2. Metodologia. 1.3. Desenvolvimento do trabalho. 2. Breve introdução. 3. Parte I – O Estado. 4. Parte II – Da responsabilidade do Estado. 5. Parte III – Da culpabilidade. 6. Parte IV – O que interessa para o artigo, frente ao Direito Penal brasileiro e referentemente às produções do meio (o *habitat*, o “bioma”) e a sua interpretação mínima. 7. Parte V – Do entendimento sobre uma ampliação conceptual da culpabilidade no Direito Penal pátrio, já existente a partir do Código Penal. 8. Parte VI – Das teorias conexas ao título deste artigo e uma possível visão das suas implicações no seu conteúdo. 9. À guisa de conclusão. Referências. Fontes de apoio.

## Resumo

Este estudo pretendeu encontrar uma posição epistemológica para situar o seu objeto de modo que este espelhasse o entendimento dos autores respeitante a algumas teorias condizentes com a viabilidade material de se atribuir ao Estado o princípio da coculpabilidade penal, na perspectiva de um horizonte jurídico-social real e atual. Incidentemente, tentou-se encontrar limites, bem como determinar

---

\* Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Penal da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Advogado.

\*\* Professor Doutor em Letras pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Paulista (UNIP). Professor Licenciado em História Natural pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Supervisor de Ensino do Quadro do Magistério Oficial da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo (aposentado). Advogado.

dificuldades relativas a este objetivo, frente às circunscrições sociais evidentes e irrefutáveis, de um lado. De outro, procurou-se fixar, incidentalmente, posturas legais e doutrinárias inerentes ao Direito Penal, destacadamente o brasileiro.

### **Abstract**

*The study attempted to find an epistemological standpoint to delimit its object in order for it to mirror the authors' understanding about some theories consonant with attributing the principle of joint criminal culpability to the State from the perspective of a real, current legal-social scope. Incidentally, the present study aimed to encounter limitations, as well as determine difficulties and hindrances related to this objective, in the face of the evident and irrefutable social circumscriptions, on one hand. On the other hand, it has sought to reinforce legal and doctrinal standpoints inherent to criminal law, especially the one in Brazil.*

**Palavras-chave:** Constituição. Direito Penal. Estado. Culpabilidade. Teorias.

**Keywords:** Constitution. Criminal law. State. Joint culpability. Theories.

## **1. Objetivo, metodologia e desenvolvimento do trabalho**

### **1.1. Objetivo**

O trabalho visa a estudar, nos limites do artigo, a viabilidade de atribuir-se ao Estado e à sociedade, o princípio da culpabilidade na prática do ato ilícito quando perpetrado por representantes de estamento desfavorecido dos seus cidadãos, em conta as disposições do Código Penal pátrio, a Doutrina Penal brasileira e, como objeto epistemológico, também, teorias atinentes.

### **1.2. Metodologia**

Observou, de certa forma, uma constituição “cartesiana”, partindo de um corpus conformado às premissas de possibilidade ou não de verificação do objeto e de alcance dos objetivos do trabalho. Cingiu-se à análise do próprio Código Penal, no que se entendeu pertinente; nas comparações doutrinárias; na possível síntese conclusiva e na viabilidade de uma generalização, frente às construções do Direito Penal brasileiro e à realidade social examinada.

### 1.3. Desenvolvimento do trabalho

Partiu-se de uma visão multidisciplinar, obrigatória, a respeito do Estado, de suas estruturas elementares, de uma aproximação histórica sumária com a sua natureza e constituição e com suas responsabilidades constitucionais, para o atingimento do objeto e do objetivo restritos do trabalho, situados no espaço cognitivo apropriado, na percepção dos autores.

## 2. Breve introdução

O presente artigo não tem a pretensão de mergulhar em tantas teorias complexas e em profundas elaborações epistemológicas que, na esteira de variada gama de pensadores em todo o mundo e em diferentes épocas, estudaram o Estado: a sua origem, a sua estrutura, as suas relações genéricas específicas com outros “entes sociais” e, restritivamente, com os elementos materiais da existência humana. Diversas dessas teorias relacionaram o Estado ao “bem coletivo” ou “bem comum”, configurando-o como “finalidade última” do Direito que, antes, inclui a ordem e a paz social.

O propósito que temos, porém, de erigir alguns raciocínios relativos ao tema que titulamos, envolve, ontologicamente, uma visão, ainda que sumaríssima, do Estado e das suas destinações histórico-culturais, na medida lógica que se impõe, exclusivamente em vista a consecução deste propósito, ressaltada a sua responsabilidade genérica e a possibilidade teórica do reconhecimento da sua coculpabilidade no âmbito do Direito Penal.

## 3. Parte I – O Estado

Relativamente ao cerne do que estamos adentrando, diga-se que as teorias que tratam do Estado envolvem um contexto multifário, com tentativas de sistematizações e ordenação de modelos, em campos multidisciplinares, muitas vezes dialéticos.

A talhe, sobrepõe-se, para a visão intentada, a face jurídica dessas amplas elaborações, algumas antigas, que supõem, até mesmo, uma concepção “evolutiva” frente à própria ideia de evolução do mundo civilizado. Imbricada nessa natureza jurídica, está a natureza política. Por este caminho, podemos assentar o entendimento de que o Estado pressupõe uma sociedade politicamente organizada, para cuja estabilidade advém a necessidade da existência e manutenção de regras comuns que tenham base nos costumes e nas tradições originárias do grupo social, influenciados pelo convívio entre os seus componentes e pelas injunções naturais do meio, até o advento de estatutos especiais, atributivos, genericamente aceitos pela sociedade. De tal situação, ressaí a concretude de um Poder disciplinador dos interesses gerais, surgidos das relações entre os componentes desses grupos. Deriva desse Poder, então, precisamente, o requisito da punibilidade de que trataremos adiante, concebido diferentemente nos diversos tipos de Estado e na sua História, antes mesmo da sua organização. Assim, o *jus imperii* do Estado, mais que uma concepção formal, foi uma necessidade real e temporal, no seio das sociedades. E, igualmente, o *jus puniendi* que deste derivou; porque, se os desvios

de conduta que confrontem as normas sociais geram sanções comportamentais, os que incorram nas proibições jurídicas ou ingressem nos tipos penais exigem reparações específicas, em conta a manutenção do “equilíbrio” dos elementos garantidores da paz social. Aqui, estamos esposando um princípio equitativo de organização do Estado, de intuito histórico-político. Entretanto, isso não é pacífico. Um mero exemplo que se possa eleger para respaldar esta afirmação é a contraposição que o sistema marxista erigiu na abordagem histórico-filosófica que lhe é própria: tanto o Estado quanto o Direito teriam surgido na comunidade primitiva e se constituído em instrumentos de manutenção de privilégios de grupos e, depois, de “classes dominantes”, sobre as de menor poder socioeconômico. Seriam, segundo a filosofia marxista, institutos de dominação do homem pelo homem, exercida sob a égide dos interesses materialistas. Assim, se teriam prolongado na História, compondo os seus períodos sobrevalentes, em harmonia com as consagrações dogmáticas do marxismo.

Subjacentemente a este entendimento objetivo, espria-se, no pensamento e na literatura jurídica respeitante, um substrato axiológico e criticista de amplo espectro e variadas abordagens, que embute a permanência, inafastável, de fronteiras dialéticas das quais avulta a preocupação com a “natureza” e a “configuração” do Estado, nos seus múltiplos planos, lembrada atrás.

#### 4. Parte II – Da responsabilidade do Estado

Tentemos fixar um ponto congruente com o objeto deste artigo, para centralizar a sua sequência lógica: no “Estado Democrático de Direito”, que se entende representar a nossa “ordem social” como expressão de uma “sociedade relativamente homogênea”, poderíamos dizer que a “força” do Estado e o seu Poder deverão, assim, observar o postulado de que ambos repousam na norma e que esta se constitui em “princípios lógicos”, constituindo, também, um “centro unitário” que enquadra “o fato jurídico material” com seu “sentido” e “valor”, representando uma “integração harmônica”, como erigiu Reale em sua Filosofia jurídica, longamente elaborada (CZERNA, 1999). Entendemos que, dentro dessa postura, sobretudo a ideia de “valor”, cara à “tridimensionalidade” de Reale, caberiam preocupações com a Ética e com a Moral, levando-se em conta a antinomia genérica inerente ao ser humano, já considerada pelos jusnaturalistas entre Hobbes e Rousseau e encontrada, de modo relevante, mesmo no pensamento oriental. Compreendendo-se o Estado organicamente, imerso em diferentes culturas e, assim, móvel e dinâmico. Nesse contexto, poder-se-ia situar, em princípio, a limitação evidente do Ordenamento jurídico e, em ângulo próprio, a exacerbação da ação do Estado moderno (e pós-moderno) na direção intervencionista, em muitos casos clara.

Mantendo-se esta linha de raciocínio, diga-se que Bobbio, em tantos estudos, descobre nessas fronteiras, além da atividade de grupos dominantes, em contraposição às ações estatais, a manipulação dessas mesmas ações por tais grupos, inclusive na feitura e promulgação das leis, a favor dos seus interesses particularistas, permanentes ou eventuais.

Avulta aqui, como base argumentativa, o entendimento de ser o Estado uma “construção jurídica” da sociedade, que com ela não se confunde. Reale afirma a existência de uma “face social”, uma “face jurídica” e a terceira “política”, componentes do Estado (CZERNA, 1999). Sob estas, certamente, assenta-se um substrato (*substratu*) cultural inerente aos diversos povos e às sociedades humanas, como pensou Kelsen, corretamente. Ressalte-se que a imbricação da “natureza política” nas demais, sobrepõe-se para este despretenso artigo, porque vemos a sua implicação direta na caracterização da responsabilidade do Estado perante os seus cidadãos. No entanto, é curial entender-se que o evoluir do Estado para o atingimento dos seus fins, não prescindirá do “jurídico”, sobressaindo disto a conceituação e a prática da legalidade e da legitimidade das suas ações. Ainda poderíamos inserir, nestas demarcações, o exame mais acurado do Poder e, talvez paradoxalmente, da liberdade ou como teorizam alguns pensadores da Filosofia e da Sociologia do Direito, das “liberdades”, como condição inalienável da criatura humana na sua existência interativa, que pressupõe a ação contínua da própria criatura.

Oportuna a citação de Hannah Arendt, *verbi gratia*, quando vê a liberdade como “forma de ação que se dá na pluralidade do espaço público da palavra e da (própria) ação, como fruto da criatividade original de cada ser humano”, conforme refere Lafer (1979, p. 52). Aqui, este autor relaciona Arendt a Kant e a Santo Agostinho, com a reiteração da ocorrência da manifestação da vontade na construção das realidades comuns. Por essa via, julgue-se que o Poder do Estado não pode ser absoluto, como já abordamos, mas deverá relativizar-se na presença e na dinâmica de outros “entes” sociais. Nesta presença e nesta dinâmica, reside a contraprestação inerente à lógica jurídica e às doutrinas, inclusive a penal. Mais os limites impostos pelas leis, relativamente ao Estado.

Entretanto, o que nos importa é chegar à ideia da existência de uma responsabilidade do Estado pelo seu Poder constituído, em face dos ditames desse mesmo Poder, seja qual for a sua natureza, eis que a categorização largamente polêmica que poderíamos ainda analisar não favoreceria este objetivo no espaço exíguo que se nos oferece, embora a importância intrínseca que essa análise encerra para a concepção dessa responsabilidade estatal e da sua origem (que pontuaremos adiante), fundamental em qualquer pensamento referente ao tema presente, cuja estrutura e variantes estamos tentando definir, nas lindes viáveis do nosso exame.

## 5. Parte III – Da culpabilidade

As regras do nosso Código Penal, vigentes, centram as amplas conformações da “culpa” e do “objeto do delito”, na individualidade do agente e no seu “livre arbítrio”, em pautas a norma específica e a materialidade do ato praticado (BRASIL, 2005). De um lado, preocupou-se, o legislador, com o suporte psicológico para a prática ilícita, de outro, com a norma que, *ratio ultima*, tutela os interesses da sociedade. Sobressai, desses elementos, o “princípio” da culpabilidade e o elemento da punibilidade, na ordem de razões doutrinárias, múltiplas. E esta condição jurídico-penal, foram os legisladores e

os doutrinadores encontrar no desenvolvimento biopsíquico do indivíduo humano em sociedade, lastreando-a na sua capacidade de discernimento em relação ao ato ilícito no momento da sua execução. Em relação às teorias daí resultantes, vemos, para efeito deste curto trabalho, mais que as diferenças entre elas, algumas sibilinas, as suas congruências. Assim, de modo simples, pode-se estabelecer compatibilidade entre os impulsos do agente e a reprovabilidade da ação, segundo a lei, que conduz à “exigibilidade de conduta diversa”, inerente à ilicitude, seja “dolosa” ou “culposa”. Nestes juízos breves, queremos incluir a ideia da “previsibilidade da pena”, resultado da ação “antijurídica” e “culpável”, concentrando-a na “tipicidade” da esfera penal de que estamos tratando, eis que, como elemento constitutivo do Direito, espraia-se a pena para margens mais extensas e para outros campos jurídicos, não interessantes para o que estamos buscando objetivar. Queremos ressaltar a sua condição de efeito previsto, resultante do delito, o qual se projeta juridicamente, porém, de modos especiais, quando da sua aplicação. Aqui, sobremodo, o fulcro do tema, que a *fortiori*, exige uma visão dos “princípios” no Direito Penal atual (restringimo-nos ao brasileiro), que ressaltamos apenas, pelo seu lado pragmático, desbordadas contrariedades conceituais existentes. Cabe marcar-se a generalidade jurídica dos princípios. Nada obstante, a força de sua ação interpretativa, no campo penal. Esse entender, contempla a “cocupabilidade” do Estado, *ad argumentandum*, na envergadura das demais razões incidentais que as teorias, nesse sentido, julgam convenientes.

Repita-se ainda, no entanto, que a consagração do nosso Direito Penal e a explicitude do Código voltam-se à prescrição do que integrou a “teoria psicológica”: a volição do agente, através de um determinado animus, na prática delituosa. A “exposição de motivos” do Codex fixou a relação, até mesmo, entre a “vontade humana” e a “experiência moral”, como um a priori de causalidade em face da “experiência física” (BRASIL, 2005). Como pensou Binding (*apud* NORONHA, 2009, p. 54), o direito faz parte do mundo ético, concluindo que o delinquentemente realiza o tipo penal da lei. Não viola a lei penal, mas a norma, a proposição que prescreve o modelo da sua conduta, preceito não escrito. A norma cria o ilícito; a lei, o delito. Juristas, ao longo do tempo, já exprimiram que o fundamento ético no Direito Penal seria a culpabilidade moral, na esteira de criticar um conceito objetivo de culpa.

Queremos externar, desta forma, preocupação com a singularidade do ato delitivo e com a supremacia da vontade do agente na sua prática. No entanto, já consideramos que essa “vontade”, que o Direito Penal especifica, dando-lhe materialidade (o “*animus laedendi*”, o “*animus necandi*”, o “*iter criminis*”), forja-se no complexo biopsíquico do indivíduo, sob a completa influência da contínua ação mesológica. Até a que ponto esta influência plasma a personalidade e sobretudo o caráter dos indivíduos, sobrelevando o de sua formação genética, modificando-a ou com ela interagindo em campos específicos, parece-nos irrespondível. Deve-se aceitar, a despeito disso, que tal influência é uma realidade biológica, compreensível no universo das ciências sociais. Assim, no Direito. Para o Direito Penal, ressaí o fato de que as atividades individuais, em relação aos seus postulados e regras, permite

espelhar esta realidade condicionadora do ser humano, que poderá levá-lo, em suas circunstâncias, a agir segundo a mesma, conformemente ao que lhe for outorgado em sua existência, gerando os seus valores e sua “visão de mundo”, como pensaram os estudiosos franceses. Sob estes raciocínios, queda-se a concepção da redução da importância do que seja o “livre arbítrio” nas posturas individuais, inclusive nas que se façam criminosas, proporcionalmente à medida de um condicionamento anterior, inerente às ações humanas. Esse fato, objeto de estudos conclusivos até mesmo no campo da Psicologia dos animais, é conhecido.

No sentido acima, tentaremos circunscrever caminhos aceitáveis no contexto do trabalho. Assim:

#### **6. Parte IV – O que interessa para o artigo, frente ao Direito Penal brasileiro e referentemente às produções do meio (o *habitat*, o “bioma”) e a sua interpretação mínima**

Pode-se afirmar que as leis atam os seus preceitos à responsabilidade da sociedade, se consideradas sob um ponto de vista “hermenêutico” (*hermeneutike*). Como entendemos e já discorreremos atrás, ser o Estado uma construção da sociedade e, explicitamente, do Direito, ao Estado cabe uma responsabilidade genérica sobre os atos de cidadania dos seus membros, ponderados à luz de injunções, correlações e intercorrências materiais.

Em face das leis, entende-se que possam ser praticados *sub lege* mas também *infra* ou *ultra legem*, eis que as leis estão longe de ordenar toda a conduta humana.

Amplamente, as leis penais encontram limite nos conceitos de crime e sua tipologia.

Haverá aqui conjunção da realidade de que o Estado descumpra grande parte das disposições legais que lhe estão afetas em relação à vida dos cidadãos e que esta omissão determina graves consequências na existência singular dos mesmos, retratadas pelo desequilíbrio e pela heterogeneidade de oportunidades de assistência à saúde, ao trabalho, à educação, à segurança e ao convívio. Por esta via, a conjuntura impõe-se com força imperativa e abrupta frequentemente. Nessa asserção, acolhe-se, muitas vezes, o ato ilícito, cuja antijuridicidade pode ser deturpada, mascarada ou menos percebida e avaliada pelo infrator, embora a maioria dos doutrinadores não aceite que este fato constitua excludente da criminalidade.

Particularmente no caso das crianças e dos adolescentes que hoje têm a seu favor melhores disposições do “seu Direito”, as verdadeiras condições são mais acerbadas pela natureza das coisas e pelo largo hiato entre as determinações legais especiais, inclusive as constantes do seu Estatuto e a realidade de que fazem parte. Esse hiato desenha com clareza o ficcionismo legal dessas disposições, avultando disso, no plano concreto, a responsabilidade do Estado pela sua inépcia, ressaltando a agravante de que aquilo que é fixado na infância e na juventude irá espelhar, em grande parte, as

suas resultantes, no comportamento social do indivíduo ao longo da sua vida e ainda na sua percepção do mundo<sup>1</sup>.

### **7. Parte V – Do entendimento sobre uma ampliação conceptual da culpabilidade no Direito Penal pátrio, já existente a partir do Código Penal**

Prendemo-nos, preponderantemente, à linha técnica dominante estabelecida no Código Penal, conexas à aceitação do móvel psíquico ligado à ação do agente ou à sua omissão indevida, ao lado das realidades formais previstas e, ainda, das condições factuais do ilícito, tudo alicerçando a multiplicidade de teorias e elementos sugeridos na Doutrina vigente, *sensu stricto*.

No entanto, o Direito moderno e pós-moderno, tem abrigado tentativas de alterar-se a visão epistemológica de princípios, voltando-os para horizontes dilatados e substancialmente novos. Estamos considerando o objeto deste trabalho e o que já vimos examinando. Ao nosso arbítrio, essas tentativas já muito elaboradas e expostas à Jurisprudência conduzem à derrogação da máxima do Direito romano: *societas delinquere non potest* que, linearmente, se vincula à concepção da pena: *peccatus ostene auctoris*.

Rigorosamente, porém, supomos que o nosso Código Penal se antecipou, amplo *sensu*, a estas posições, como adentraremos a seguir, com as reservas precisas. Para tanto, devemos entender o que é reconhecido, propriamente: as construções formais do Direito Penal brasileiro vinculam-se ao artigo 5º da Carta Magna. Trata-se do *jus scriptum* consubstanciado no Código e nas leis penais, que fixa o antigo axioma *nullum crimennullapoenasine lege* como base garantidora da cidadania, estendida em outro conceito coerente: *nullum crimennullapoenasine culpa*, o qual inclui o espectro infracional até a previsão das contravenções.

Lembremo-nos ainda de que, a par das diversidades teóricas inerentes à imputabilidade (e às suas consequências), esta carrega o germe da subjetividade social, como apontamos. Eduardo Faria (1988, p. 124-127) leciona que a experiência só tem sentido quando examinada como um processo intimamente vinculado aos fenômenos econômico e político. E, mais tarde, indigita a “coerção simbólica”, fruto da dinâmica social e dos seus institutos paralelamente ao Poder repressivo do Estado pelos seus órgãos representativos, como matéria proeminente dos elementos e atributos que sinaliza no seu estudo.

O que se projeta desses enfoques é a maior e mais nítida incidência do *background* social na constituição do que a Sociologia define como *socius*. Semelhantemente aos

<sup>1</sup> Tese de Doutorado defendida em 1997 – Universidade de São Paulo (USP/SP): Para uma Análise Sociosemiótica e Semiolinguística de Aspectos do Discurso Jurídico Brasileiro: A Liberdade e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este trabalho analisou a situação da criança e do adolescente na ocasião da promulgação do seu atual Estatuto, que revogou o antigo Código do Menor. Como parte do seu objeto, estudou a realidade da vida dos menores e “menorizados” do Brasil, evidenciando em profundidade, as limitações, distorções e ineficiências por parte do Estado, enquanto as leis contemplam uma situação ideal, de fato inexecutável (CASTRO, 1997).



pilares da “culpa objetiva”, já erigidos e criticados nos domínios do Direito Penal, teremos de nos aproximar da concepção da existência de uma responsabilidade genérica e permanente do Estado nos ilícitos praticados por uma gama especial dos seus cidadãos, como querem os propositores e os seguidores das teorias compatíveis que, limitadamente e por último, esperamos abordar neste trabalho, somando ao que já incluímos em seu contexto, esparsa e motivadamente.

Consentaneamente neste item, tentaremos, com centro na exegese dos artigos do Código Penal (BRASIL, 2005) fundamentais para a análise, demonstrar o que julgamos de valor.

Parece-nos fundamento crucial a consideração de que a Lei Penal brasileira reconhece, em vários dos seus postulados, situações contemplativas das realidades que configuram tanto o cidadão na sua integridade biológica quanto a condição que o Estado e a sociedade lhes impõem, em termos do ato delituoso.

Por exigível exemplo:

Art. 59 – É explícita a previsão legal: esta, quanto à “fixação da pena”, determina que o Julgador, além de atentar à culpabilidade do réu, a “estabeleça” “atendendo” aos requisitos elencados pelo artigo, deixando-lhe margem interpretativa, porém, na aplicação da sua dosimetria. Tais requisitos, além de considerarem o crime, em si mesmo, o qual encerra fatores sociais nos seus “motivos”, “circunstância” e “consequências”, mostram ressurar expressamente da preocupação do legislador, as “causas sociais” e o amplo espectro que as circunscrevem na existência humana, induzindo à “conduta social”, aos “antecedentes” e, até, à “personalidade” do agente delitivo. É o que está espelhado no artigo.

Art. 60 – “Os critérios especiais da pena de multa”, estatuem que o Juiz “deve atender, principalmente, a situação econômica do réu”, na fixação da pena correspondente. E prevê a viabilidade do aumento da multa aplicada até o seu triplo, se a capacidade financeira do réu for compatível com multa mais acerba, em tela o *maximum* da pena e a sua “eficácia”. Há aqui, todo um substrato de claro valor socioeconômico na conformação estrutural do ato jurisdicional. Prova disto, encontra-se na possível remessa do entendimento deste artigo, ao Título II, Cap. I, art. 5º, XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988); aos artigos 49 a 52; 58 e 72 do próprio Codex e ao art. 77 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Outros títulos deste mesmo capítulo do Código Penal mostram, em conexão com o que citamos, ditames explícitos: a previsão da letra “f”, do art. 61, fala em “hospitalidade” e a letra “e”, anterior, prevê como agravante da pena, o fato do crime haver sido perpetrado “contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge” do réu. Breve exame hermenêutico apontará a manifesta vontade do legislador na direção de valores, até mesmo morais.

O art. 65 é perfeito para o que estamos exemplificando: o seu *caput* reza que são “sempre” atenuantes da pena a circunstância da idade do infrator e mais, os “motivos de relevante valor social e moral” que o induziram ao ato criminoso. Bom será dizer-se que, do ponto de vista da Sociologia geral e da Sociologia do Direito

ou Jurídica, como inferem alguns, é pacífico que valores “sociais ou morais” (e a Lei permite, aqui, alternativas) somente encontram definição no seio das sociedades e das culturas, ainda que os últimos se projetem até as lindes da Filosofia.

O art. 66 prevê a atenuação da pena “em razão de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime”, ainda que a circunstância deste mandamento não se encontre prevista “expressamente” em lei. Despiciendo argumentar que é flexível e amplo o ditame legal, o qual se projeta certamente no campo subjetivo que envolve as teorias que estamos abordando no presente estudo. Neste passo, deve-se pensar, em meio a tantos enfoques teóricos sobre a culpabilidade, na possibilidade de um alargamento do conceito de crime na direção de espaços que incluam a ideia mais ampla da reprovabilidade e de censura social, as quais encerram os elementos culturais, os usos e costumes. Tal coisa encontra-se no pensamento germânico atual, com a criação, a exemplo, da ideia de um funcionamento teleológico, de Roxin (2009), mais moderada, porém, em relação ao conceito do seu patrício Jakobs (1995), que sugeriu um funcionalismo “radical” e sistêmico do Direito Penal. Vemos, na primeira posição, ligações coerentes com as posturas atuais da Filosofia do Direito e com o que poderemos supor como “evolução” de alguns dos seus princípios, vistos não como dogmas mas como elementos científicos. Não escapa, a nosso ver, uma obviedade nessas assinalações: a existência de um sistema semiótico que compreende a “transformação dialética” do sistema (e do discurso) jurídico de modo dinâmico e contínuo. “É importante ressaltar que nenhum sistema semiótico está isento do processo de realimentação.” (CASTRO, 1997, I, p. 64 *apud* BITTAR; ALMEIDA, 2002, p. 474). Tal realimentação “vivifica sua estrutura em permanente contato com os demais sistemas sociais” (BITTAR; ALMEIDA, 2002, p. 474), conforme os pensamentos de Pais, C. T.; Greimas, A. J. e Landowski, E. O Direito Penal, na sua integralidade, faz parte disto.

O art. 67, que insere no seu contexto a dosimetria da pena materializada no art. 68, seguinte, inclui a “personalidade do agente” do ilícito penal, previsão que embute as considerações específicas que antes fizemos, contidas na análise do art. 59.

O art. 77, que titula a suspensão condicional da pena, igualmente, no seu item II, estabelece requisitos que personificam o delinquente pela “culpabilidade” inerente ao ato ilícito, mas também pelos seus “antecedentes” e, destacamos, pela sua “conduta social” e pela sua própria “personalidade”, como o fizeram os artigos anteriores. Tudo isto projeta a aplicação da pena para o binômio existencial condicionador do ser humano: a criatura e o meio no qual está imersa, dentro da visão da sua integralidade.

Nos “crimes contra a honra”, que têm sido, dentre outros tipos penais, objeto de injunções culturais renovadas e por decorrência, de variações no *approach* técnico atual, sobrepõe-se o influxo social quando a Lei (BRASIL, 2005) refere bases tipológicas como “reputação” (art. 139), “dignidade ou decoro” (art. 140), formas “aviltantes”, impostas ao ofendido na consecução do crime (*idem*, parág. 2º) ou “elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem” ou “condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (*ibidem*, parág. 3º). Assim, igualmente, quando penaliza o “ultraje ao pudor público”, preocupando-se com a “obscenidade” falada, escrita ou consubstanciada em atos; à posse de objetos ou procedimentos a eles pertinentes. Aqui, para que se dimensione

a natureza e a proporção do ilícito e da pena correspondente, é mister que se tenha uma concepção geopolítica das sociedades e da sua história. Mais exatamente, da sua cultura e dos parâmetros dessa cultura. No caso, da “sociedade brasileira”, genericamente, embora haja uma certa inadequação terminológica nesta expressão.

Valerá, para limitar-se a análise, observar-se o artigo 187 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020), quando o seu *caput* normaliza o interrogatório ao qual deverá ser submetido o réu e o parágrafo 1º deste artigo impõe, respeitadamente à “primeira parte” do interrogatório, que o juiz pergunte sobre “meios de vida ou profissão” e “oportunidades sociais”, os “dados familiares e sociais” etc. alusivos ao interrogado.

A que “oportunidades sociais” se refere a lei adjetiva, se não em correlação com a condição pessoal do réu, fruto do que antes consideramos bem? E qual o objetivo nisso contido, corroborado pelos dois outros tópicos que transcrevemos, se não atingir o mesmo *desideratum* e, por essa via, condicionar a eventual condenação e o doseamento da pena? *Aí* está clara a subjacência da responsabilidade do Estado, somada às qualidades intrínsecas do caráter e da personalidade do réu. Diante do Magistrado, o ser humano, na sua constituição singular e “societária”, humanamente integral!

Elaborações do pensamento jurídico, nesses páramos, fizeram-se raias que conduziram os seus autores à própria Constituição brasileira, até o ponto especulativo ao qual chegou entre nós G. Moura (2006, 2016), por exemplo, ao atribuir à Constituição a “implicitude” de coculpabilidade do Estado, em seu art. 5º, nos crimes eventuais de parte dos seus cidadãos. À talhe, outra vez, lembre-se que este artigo se acha ínsito no Título II, capítulo I, inciso LXXIII, da Constituição (BRASIL, 1988), que prescreve os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” do povo brasileiro. Aqui, até certo ponto corroborando-se a opinião do Autor, diga-se que a própria Carta Magna também instituiu a possibilidade de se intentar “ação popular” contra “ato lesivo” aos patrimônios comunitários etc. e, ainda, que haja efetuação de tal ato contra a “moralidade administrativa”, podendo concluir-se, salvo erro, que essa “lesão” será aquela de responsabilidade do Estado, direta ou indiretamente. Mais além, no inciso LXXV, a Carta reza que o Estado “indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado pela sentença”. Deveria o legislador constituinte haver acrescentado: os presos sem culpa formada; os presos por sentenças e atos provisórios, tanto vítimas do sistema judiciário como do sistema prisional em si mesmo, em todo o território do País. Nestes aspetos, a “culpabilidade” do Estado parece clara subjacentemente, nas ocorrências de fato, confrontadoras dos ditames legais constitutivos máximos.

Fácil é encontrar-se outros exemplos no mesmo sentido, como no que cinge o inciso LXXVIII, da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 45/2004, parág. 1º, flagrante a morosidade e a incipiência dos órgãos estatais, via de regra. Neste mesmo trajeto, um extenso exame a respeito das disposições do Estado na sua legislação especial, em cada caso, mostraria graves e históricas deficiências pertinentes à Segurança, à Saúde, à Educação pública e à equidade social, como já sinalizamos, temas de uma infinidade de estudos multidisciplinares ou votados a algumas disciplinas isoladas, pelas suas características.

## 8. Parte VI – Das teorias conexas ao título deste artigo e uma possível visão das suas implicações no seu conteúdo

Como anteriormente aventamos, não foi nosso objetivo questionar ou simplesmente referendar tais teorias. Conhecendo-as, pretendemos examinar, ao nosso próprio critério, quando estabelecemos um *corpus* para esse artigo, o que as suas proclamações poderiam significar para as disposições do Direito Penal, especialmente o nosso, nos justos limites da nossa capacidade e, é claro, nos horizontes típicos de um artigo especial.

Dentro deste propósito, diga-se que Eugenio Raúl Zaffaroni, jurista argentino, Magistrado da Corte Suprema e político em seu país, avulta como pioneiro em uma “releitura” do Direito Penal atual, na direção da limitação do poder punitivo do Estado e do que compreende como a humanização da pena, envolvida uma preocupação com a ressocialização do delinquente; com a aplicação da justiça equitativa que alcance os “despossuídos”, os “hipossuficientes”, os pobres da sociedade. Por esses juízos, Zaffaroni (2009) chega a entender que a limitação estatal referida acima, torna-se “função do Direito Penal”, cabendo ao Poder Judiciário, sobretudo, a execução desta função. O jurista profliga uma “vingança social” nas aplicações da pena e reflete sobre os sistemas prisionais, criticando a realidade das prisões, raciocínio que dilata para práticas sociais dessa chamada “era tecnológica” em que vivemos no mundo. Neste passo, extrapola a especial condição do Direito Penal e antevê um futuro de limitações, que já estaria ocorrendo, para a liberdade humana e o “livre arbítrio” do homem em sociedade, por ação e “controle” de grupos privilegiados e do Estado, conduzido em prol de interesses particularistas como já consignamos antes, condições tão bem estudadas também por Norberto Bobbio em graves trabalhos de Jusfilosofia. E que tem sido objeto de manifestações multidisciplinares, até mesmo no campo das artes.

Em meio a uma larga produção intelectual de Zaffaroni, parece-nos útil, dentro da nossa proposta para a feitura deste artigo, transcrever um trecho contido na sua obra conjunta com José Pierangeli, conectado ao Código Penal brasileiro:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “cocalpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de cocalpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a cocalpabilidade é herdeira

do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 525)

A alma deste trecho conota a "circunstância", a "autodeterminação" e a "personalidade" (Código Penal) do indivíduo "societário", para atingir a ideia crucial da "cocalpabilidade" do Estado, por omissão, na prática de atos ilícitos, eventuais, desse indivíduo.

Importa-nos registrar que esta transcrição encerra clara percepção do objeto da teoria dos dois Autores, recorrente nas suas obras coincidentes e repetidas, sob um intuito um tanto ideológico, de maneira geral, por quantos a seguiram. Os fundamentos encontrados na bibliografia pertinente assim como em difusos trabalhos produzidos no campo acadêmico pretendem, *mutatis mutandi*, alicerçar, em transcrições semelhantes, as suas razões. Não se imagine que esse fato lhes subtrai a importância. Supomos, porém, pertinentemente, que algumas ponderações podem ser erigidas, rigorosamente, nos níveis analítico e interpretativo. Para tal esforço, observado o que consta anteriormente, até este ponto, resume-se:

I – as teorias pioneiras tiveram o intuito de estabelecer, na aceitação de um postulado de cocalpabilidade estatal nos termos ora estudados, um utensílio, um aparelhamento técnico-dogmático suficiente para o atingimento de um patamar de "justiça social", conceito de natureza interdisciplinar, de fato, que mirasse necessariamente, sob uma visão da Sociologia, inclusive a Jurídica, transposta para o Direito Penal, um "estamento" constante das camadas menos favorecidas, o qual deveria beneficiar-se, ainda que individualmente, de um *plus* legalista que lhe reduzisse a pena ou até a resillesse, por ocorrência de condenação criminal casual, na vida dos seus componentes.

II – Essas ideias, evidentemente, não são tão novas nem singulares. Elas ressaltam de modos diferentes em posições ideológicas do passado, sob enfoques diversos e nomenclatura variada, mas guardam essência semelhante (NORONHA, 2009). Com esta afirmação histórica, interessa-nos observar que, com Augusto Roeder, terá surgido o ideal de uma pena imprevisível, ligada à sua estrita necessidade como elemento de "emenda íntima" do infrator, devendo ser vigente até quando esse fato se concretizasse. Nesta altura, segundo Noronha, ainda, por exemplo, começava o Direito Penal a olhar o homem real, "vivo e efetivo" e não mais o indivíduo "abstrato", sujeito ativo de um crime. Esta foi a visão da "Escola Correccionalista", do século XIX, que ganhou expressão significativa na Espanha, a partir do pensamento do Professor de Heidelberg. Com *Concepción Arenal*, a vertente humanitária instalou-se na ideação da pena, de algum modo; a nosso ver, considerando os fatores externos, tanto sob a ótica da formação do criminoso quanto pela esperança em sua recuperação. Até mesmo o Direito Penal "sem pena" foi entrevistado na sua história, ainda nessa fase que estamos abordando

perfunctoriamente. A obra de Dorado Montero, contemporâneo de Asúa, que foi seu aluno, especialmente o livro *“El Derecho Protector de los Criminales”* enveredou por uma nítida concernência com que o imaginário jurídico gerou posteriormente a respeito de um Direito Penal equitativo, no qual as diferenças “internas” e “externas”, individuais, possam (porque são atuais, ainda) ser dirimidas por tratamento próprio, seletivo, incidental, no rumo, embora apriorístico e teorético, de padrões desejáveis de comportamento social.

A evolução histórica da pena acabou por produzir importante fundamento a materializar-se nas leis atuais a partir das prescrições da *Lex mayor*: a sua individualização. No Brasil, a Carta Magna de 1988, art. 5º, XLV, estabelece explicitamente este mandamento (BRASIL, 1988). O que passará da “pessoa do condenado” será apenas a obrigação da reparação do dano eventual gerado para a vítima no cometimento do crime, a ser suportada pelos sucessores do criminoso, se houver patrimônio transferido por este e até o seu limite, prevendo a norma, para este resgate, a via judiciária. O inciso XLVI, do mesmo artigo, institui as penas a serem reguladas por lei específica, que cinge três fases distintas: a cominação, a aplicação e a execução, as quais envolvem, por ordenação prescritiva, um *plexus* valorativo a critério do julgador.

Para seguir o raciocínio expresso no início deste último período, diga-se que os autores em pauta, certamente, incluem na persona do delinquente o que o meio social (logicamente o meio físico, inclusive) plasmou. Como corolário, propugnando o alcance concreto da justiça, em cada caso, sob a égide judicial. Intentam assim, é claro, arrolar o Estado na responsabilidade pelo ato singular e individual do criminoso, porque aquele não lhe teria dado, em tempo hábil, a formação que o “homem de bem”, privilegiado, recebe normalmente.

Essa concretude, digamos desse modo, instrui uma grave mudança histórico-filosófica no Direito Constitucional, atingindo uma variação concepto-paradigmática profunda, em que a hermenêutica se sobrepõe à exegese, em termos ponderáveis; em que as razões materiais, factuais, permitem o ingresso em horizontes mais dilatados do que traçam os bordos da lei. Esta visão ponteou o pós-positivismo jurídico e instaurou, ainda em termos um tanto polêmicos, o chamado “neoconstitucionalismo”, aportando às Constituições uma cogência maior em relação aos seus pressupostos básicos.

Em todo este contexto, parece-nos que, paralelamente à realidade material, de certo preponderante em qualquer logicidade analítica, há de ser considerada, em termos válidos e tempestivos, a “realidade” normativa e as suas consequências sobre a primeira, antes de qualquer argumentação temerária.

É preciso que se aponte como fulcro das teorias em questão, a consecução da pena, de forma cabal. E aqui, torna-se lastro fundamental para os argumentos, a construção processual da “atenuante inominada”. Nesse passo, é demonstrativa a afirmação dos autores em questão, da relação dessa premissa com a possibilidade inscrita no art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2005), já examinado, que deve ser combinado com o art. 387 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020). O art. 67 do Codex, erige uma cogência para o entendimento normativo, mas fica claro que deixa ao juiz uma ordem

valorativa, inerente ao réu, que deverá ser interpretada. Neste proscênio, move-se a ideia da responsabilidade ética, moral e material do Estado (que Zaffaroni estende à sociedade) pelo delito cometido pelo cidadão integrante de estamentos esquecidos pelo Poder Público (e pela própria sociedade), descumpridas as “finalidades” institucionais deste Poder. E daí resulta a sua coculpabilidade que deverá incidir sobre a decretação da pena, como elemento determinante para a sua atenuação. Diga-se ainda, que o Poder Judiciário pátrio, em suas diferentes gradações, tem, quando das oportunidades provocadas, valorizado relevantemente o nexos causal entre a eventualidade de um juízo favorável a essas teorias e a materialidade (e imediatidade) das circunstâncias criminogênicas, na perpetração do ato delituoso. Esse fato pode ser comprovado pelos inúmeros acórdãos firmados por tribunais de diversos Estados brasileiros, também do Distrito Federal, e disponibilizados para consulta inclusive na internet.

### 9. À guisa de conclusão

Cremos haver conseguido elementos, no estudo feito para entender como as ideias sugeridas pelos juristas, seus pioneiros, erigiram as bases das suas teorias. Em seguida, até que ponto supusemos poderem as mesmas ligarem-se ao Direito Penal brasileiro, a partir das previsões do seu Estatuto fundamental, observado todo tempo um intuito crítico, seguido com a precisa modéstia, pelos articulistas.

De uma parte, parece-nos simples compreender que a linha fundamental das razões teóricas em tela se coaduna solidamente com a realidade de um país como o nosso, com as suas imensas e originárias deficiências histórico-sociais, de fundo relevantemente econômico.

Assim, muito se poderiam estender esses aspectos, o que não encontraria espaço cabível e tempestivo no artigo, dada a complexidade e amplitude que deveriam ser esperadas. Entretanto, acreditamos haver referido um mínimo adequado à conclusão de que a criatura humana, resultado da conjunção entre a sua herança biopsíquica e a ingerência mesológica, em termos “totais”, é conformada, na primeira vertente citada, pela influência da segunda, em relevo a variação da constância e da intensidade da mesma. Pesquisas atuais e inovadoras no campo das “neurociências” vem aprofundando descobertas relativas, até ao nível da genética, como ciência independente.

Esses elementos, é claro, podem e devem interessar ao Direito Penal. Entendemos que isso redundará em um axioma. Porém, reside aqui, a nosso alvitre, um problema crucial nas teorias lindeiras a este trabalho, quando postulam o que vemos como um radicalismo, sobrelevantemente na posição de alguns que aceitam o consenso da elisão da pena a ser aplicada a agentes delinquentes revestidos de circunstâncias especiais, consideradas *capitis diminutio* em suas existências, fruto da ausência política do Estado e da sociedade em que estão imersos. Neste passo, tal elisão, consagrada em lei que fosse, unilateralizaria a culpabilidade atribuída ao ilícito, transferindo a ilicitude para o Estado e para a sociedade, isentando o autor material do ato. Essa posição, no entanto, é minoritária e não se sustenta dogmaticamente.

Outro raciocínio parece-nos procedente e polêmico: até a que nível poderá ou não ser dirimente a análise que, a latere da psiquê do cidadão, conclua como preponderante a influência efetiva externa, por nítida omissão do Estado, que produza resultados concretos nas suas ações individuais? Até a que marco cognitivo se poderá fixar o conceito (complexo) de responsabilidade e, além, de culpa e coculpabilidade genérica de entidades como o Estado e a sociedade, nos limites de um procedimento delitivo, de caráter singular, em sua feição fundamental?

Ainda que tenhamos enfrentado essas configurações intelectivas na análise (corrente em outros trabalhos) do nosso Código Penal, assim como as ideias doutrinárias correlatas, podemos chegar ao termo de que o legislador pátrio, apesar de incluir (e concordamos) uma responsabilidade “implícita” do Estado e da sociedade em algumas disposições cominatórias, não fez “tábua rasa” da vontade do agente como componente essencial, conducente à materialização da reprovabilidade (e os seus graus de contundência) e à “exigibilidade de conduta diversa”, com as suas circunstâncias. Delegando ao Julgador a avaliação do criminoso além da configuração simples e imediata do ato praticado, o legislador pátrio igualmente delegou-lhe a observação das razões dilatadas que alicerçam as teorias discutidas, sem que a Lei lhe imponha um convencimento imponderável e genérico o qual interfira na dosimetria penal, a priori do julgamento. É mister que os juízes cumpram o predicado que lhes cabe. Para que se ultrapasse esta linde, haverá, é certo, a necessidade de que se mude a Lei e a Doutrina Penal, apesar dos óbices, aceitas e estruturadas as razões específicas, que sejam cabíveis e oportunas.

Este é mais um estudo acadêmico, apenas. A negação fundamentada das razões apresentadas, o seu questionamento, em *bona fide* científica e a ampliação cognitiva que comporte, serão úteis e “normais”. Assim, bem-vindas.

## Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988. Organizado por Alexandre de Moraes. 48. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. 496 p.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal 2020. Decreto Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Atualizado até a Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote anticrimes), e o DOU de 17 de janeiro de 2020. Supervisão editorial de Jair Lot Vieira. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2020. 352 p.

\_\_\_\_\_. Código Penal. Decreto Lei nº. 2848, de 07 de dezembro de 1940. São Paulo: Vértice, 2005.



\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 08 mar. 2020.

CASTRO, Fernando Souto de. *Para uma análise sociosemiótica e semiolinguística de aspectos do discurso jurídico brasileiro: a liberdade e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Orientador: Cidmar Teodoro Pais. 1997. 464 p. Tese (Doutorado em Linguística) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 1997.

CZERNA, Renato Cirell. *O pensamento filosófico e jurídico de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Joachim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonçalves de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

\_\_\_\_\_. *Do princípio da co-culpabilidade no direito penal*. 2. Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Função do direito penal é limitar o poder punitivo. [Entrevista cedida a] Marina Ito. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 05 jul. 2009, 9h16. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>. Acesso em: 12 mar. 2020.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

### Fontes de apoio

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. 4 v.

CUMIZ, Juan Andrés. *Underecho penal igualitario: laculpabilidad por lavulnerabilidad, un estado sujeto a losderechos humanos*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/derechoigualitario.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FALCÃO, Joaquim; SOUTO, Claudio. *Sociologia e direito*. São Paulo: Pioneira, 1973.

- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Dirittopenale*. Bologna: Zanichelli, 1949. 5. ed. v. 1. t. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1. 309 p.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Tradução: Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria geral do estado: direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# Negócios processuais e o Compromisso de Ajustamento de Conduta

Thiago Chacon Delgado\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Da autocomposição dos litígios como método de acesso ao direito. 3. Negócios processuais. 3.1. Conceito e natureza jurídica. 3.2. Espécies, requisitos e objeto. 4. Compromisso de Ajustamento de Conduta. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

O trabalho em epígrafe busca trazer à reflexão o novo papel dos operadores do direito, em especial os agentes públicos, diante da nova realidade que se impõe com a justiça consensual. Os negócios processuais serão destacados, de forma sintética, como um mecanismo hábil para a efetivação dos direitos materiais, podendo ser inseridos em diversos instrumentos, sobretudo nos Compromissos de Ajustamento de Conduta, os quais já demonstram a densidade e a segurança jurídica necessária.

## Abstract

*The work in question seeks to analyze the new role of law operators, especially public agents, in the face of the new reality imposed by consensual justice. Procedural deals will be highlighted, in a synthetic way, as a skillful mechanism for the realization of material rights. These deals can be inserted in several instruments, mainly in Conduct Adjustment Agreements, which already demonstrate the necessary legal certainty and density.*

**Palavras-chave:** Justiça negocial. Negócios processuais. Compromissos de Ajustamento de Conduta. Viabilidade. Adequação.

**Keywords:** *Negotiating justice. Procedural negotiation. Conduct Adjustment Agreements. Viability. Adequacy.*

---

\* Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

## 1. Introdução

Ao longo deste breve trabalho serão abordados aspectos relativos ao estudo dos negócios processuais, tomando por base a doutrina brasileira, o sistema normativo e as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A análise deste relevante instituto será feita de forma sintetizada e direcionada aos seus aspectos práticos, objetivando estimular a maior aplicabilidade no bojo dos Compromissos de Ajustamento de Conduta (CAC) propostos pelos órgãos públicos, dando ênfase às resoluções no âmbito do Ministério Público brasileiro.

## 2. Da autocomposição dos litígios como método de acesso ao direito

Sabe-se que os instrumentos da justiça negociada, também chamada de justiça multiportas (*multi-door system*), vêm ganhando primazia no ordenamento jurídico brasileiro, fomentados, em grande parte, por uma crise do modelo individual e conflituoso da justiça tradicional. Aquele único caminho, outrora existente, cuja saída obrigatória era a via litigiosa, por meio de um processo judicial e com as partes em juízo defendendo seus pontos de vista antagônicos, tem demonstrado sinais de saturação, não alcançando, com frequência, sua finalidade de satisfazer, em tempo razoável, as tutelas resistidas.

Esse novo modelo vem ganhando força internacionalmente, não sendo diferente no Brasil, um dos países mais demandistas. Dados do *Relatório justiça em números 2018*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), revelam que, até 2017, tramitavam, nos diversos juízos, mais de 80 (oitenta) milhões de processos.

Nesse ambiente, cresce a importância de métodos diversos de acesso à pacificação social. De acordo com Costa e Silva (2009), a necessidade tem que ser de acesso ao Direito e não, necessariamente, ao Poder Judiciário. Vejamos:

[o] direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos Tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais. (COSTA E SILVA, 2009, p. 19)

Do simples acesso à justiça dos Tribunais, direito de ação, passou-se ao direito às vias alternativas e chega-se, doravante, ao acesso aos direitos pela via adequada, isto é, um direito de ter direitos, independentemente do meio utilizado.

O mandamento constitucional de acesso à justiça expõe uma nova faceta, na qual a tutela dos direitos se sobrepõe ao processo civil como um fim em si mesmo. As vias da autocomposição, por conseguinte, como a mediação e a conciliação, passam a assumir o mesmo patamar dos métodos tradicionais de jurisdição, perdendo, com

razão, o rótulo de “meios alternativos”, para tornar-se uma escolha natural, mesmo que não necessariamente preferencial, a depender da matéria controvertida.

Essa escolha concreta do melhor modelo de realização da justiça tem como característica fundamental o uso de filtros de adequação, os quais devem ser analisados anteriormente à judicialização do litígio. Os filtros possibilitam a escolha de meios diretos de autocomposição e resolução extrajudicial, destacando-se, com positivação no ordenamento brasileiro, a conciliação, a mediação, as negociações, as práticas restaurativas e as convenções processuais, entre outras.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça incorporou essa ideia em 2010, por meio da Resolução nº 125, criando a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, com base no qual foram criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de solução de conflitos, incumbindo aos diversos órgãos do judiciário o dever de oferecer esses métodos negociados, inclusive na fase pré-processual.

O Conselho Nacional do Ministério Público, em 2014, também regulamentou a temática, por meio da Resolução nº 118, trazendo relevantes contribuições para a aplicabilidade dessas medidas, especialmente na fase extrajudicial de controle do órgão ministerial.

Com a chegada do atual Código de Processo Civil, em 2015, esse novo modelo de acesso e efetividade da justiça tornou-se ainda mais consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante lecionam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 35), “aos olhos do Código de Processo Civil não existe superioridade da justiça estatal aos demais meios de solução de controvérsias”. Com isso, para a concretização de soluções consensuais e construídas diretamente pelas partes, o diploma legislativo estabeleceu outro importante princípio norteador, a cooperação. Vejamos:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. [...] Art. 166. [...] §4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015, on-line)

Da leitura dos dispositivos legais podem ser extraídas algumas conclusões. De início, nota-se que a cooperação passa a ser cogente para as partes, não se tratando mais de oportunidade ou estratégia processual, vedando-se, por exemplo, a sonegação de provas desfavoráveis. Por outro lado, houve um estímulo ainda maior às práticas negociadas, na medida em que passou a existir uma fase obrigatória de conciliação e mediação.

Registre-se que essas regras são aplicáveis em todas as fases do conflito, inclusive na pré-processual, e quaisquer que sejam os litigantes, pessoas de direito público ou privado.

Em uma interpretação sistemática, entende-se que, para os litigantes da Administração Pública, esse dever de cooperação ganha um contorno ainda maior, pela primazia do interesse público primário. Assim, a discricionariedade da autocomposição é mais restrita, máxime em casos em que exista a demonstração da verossimilhança do direito alegado pela parte contrária, ou existência de pacificação jurisprudencial contrária ao ato administrativo contestado, como a edição de súmulas, julgados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, precedentes vinculantes, orientações administrativas e os recursos especiais e extraordinários sob o rito repetitivo.

Em casos tais, a ausência de autocomposição da Administração Pública pode gerar prejuízos materiais e morais ainda maiores à coletividade, quer seja pelos custos ordinários com a instauração e manutenção da demanda, quer seja pelos juros de mora, multas e condenação, além do dano social pelo descumprimento dos deveres legais e constitucionais por parte de quem deveria defendê-los.

Nas palavras de Garcia (2019, on-line), “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.” (GARCIA, 2019, on-line)

O consensualismo positivado pelo CPC de 2015 também deve ser observado no exercício da advocacia, por expressa previsão no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), também aprovado nesse mesmo ano, o qual dispõe que é dever do advogado “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2º, Parágrafo único, inciso IV) (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015, p. 12), medida de mero reforço interpretativo.

No mesmo sentido, o jurista Mello (2010) leciona que:

[q]uem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. (MELLO, 2010, p. 72)

Nesse cenário normativo, em algumas situações, a depender da natureza do interesse a ser protegido, ou mesmo das partes envolvidas, pode-se falar em verdadeiro poder-dever de autocomposição, exigindo ampla fundamentação para sua negativa.

### 3. Negócios processuais

#### 3.1. Conceito e natureza jurídica

Segundo lições de Didier Jr. (2018, p. 376), “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.

Cabral (2016, p. 68), por sua vez, define as “convenções ou acordos processuais” como “[...] negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.

Nota-se, pois, que os negócios processuais são espécies do gênero negócio jurídico, valendo-se de semelhante arquitetura estrutural de existência, validade e eficácia.

Por oportuno, vale lembrar, em síntese, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, aperfeiçoada e atualizada por Mello (2007), a qual afirma que o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* são produtos de atos humanos, que têm na vontade o seu elemento nuclear e não se constituem ilícitos, distinguindo-se quanto à categorização jurídica e seus efeitos. A vontade, pois, faz parte do plano da própria existência dos negócios. No campo da validade, esta voluntariedade deve ser livre de vícios, como erro, dolo, coação, além de ser celebrada por pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

No que se refere à eficácia, cabe destacar que, em regra, os negócios processuais dispensam homologação judicial. As exceções, portanto, são as matérias em que a própria legislação declara expressamente essa necessidade, como ocorre com a desistência da ação, prevista no art. 200, parágrafo único, do CPC/15, e a delimitação consensual das questões de fato e de direito da atividade probatória, art. 357, §2º do CPC/15.

#### 3.2. Espécies, requisitos e objeto

Há negócios jurídicos processuais que estão expressos na legislação nacional, tratando-se dos chamados negócios típicos. O Código de Processo Civil de 1973 já previa algumas hipóteses, sendo apenas ampliado pela atual codificação. Os exemplos trazidos pela doutrina de Fredie Didier são a eleição negocial do foro competente (art. 63 do CPC/2015); o calendário processual (art. 191, §§ 1.º e 2.º, do CPC/2015); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, do CPC/2015); a organização consensual do processo (art. 357, § 2.º, do CPC/2015); o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, do CPC/2015); a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015); a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC/2015); o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, do CPC/2015); a desistência do recurso (art. 999 do CPC/2015); e o pacto de mediação prévia obrigatória (art. 2.º, § 1.º, da Lei 13.140/2015).

Ao lado dos negócios típicos, expressos na legislação, existem os negócios processuais atípicos, concedendo mais autonomia às partes. O artigo 190 do Código de Processo Civil traz os balizamentos gerais do tema, disciplinando que:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015, on-line)

Neves (2016) leciona que o art. 190, *caput*, do CPC/2015 representa uma verdadeira cláusula geral que permite, além das hipóteses de negócio processual típico, a celebração de ajustes entre as partes de forma ampla, envolvendo o procedimento e as próprias situações processuais, o que é uma novidade em relação ao Código de Processo Civil revogado.

Da leitura deste artigo, percebe-se a necessidade da observância de alguns requisitos para entabular a convenção processual, quais sejam, a plena capacidade das partes e o objeto que admita autocomposição. Neste ponto, vale ressaltar que a legislação não exige que o objeto seja disponível, como outrora foi o entendimento. A exigência é de que o objeto admita solução consensual, o que traz uma relevante diferença prática e teórica.

Nesse sentido, direitos indisponíveis, como o meio ambiente, patrimônio público, saúde, alimentos e educação, também podem ser objeto de convenções materiais e processuais. Essa interpretação caminha para a pacificação doutrinária, sendo concretizada no Enunciado nº 135 do Fórum de Processualistas Civis: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 24).

Por decorrência da própria estrutura de negócio jurídico, como mencionado acima, as convenções processuais devem ter objeto lícito, sendo nulos acordos que contrariem o ordenamento jurídico, como a aceitação de provas ilegais. Competências absolutas também não admitem negociação, assim como matérias submetidas à reserva legal ou jurisdicional. Nos acordos realizados em contratos de adesão, para a convenção processual ser válida, o contrato não pode ser abusivo, pois, nesta hipótese, o elemento volitivo do aderente resta bastante reduzido ou inexistente, como ocorre com frequência na esfera consumerista.

Quanto à forma, os negócios processuais não exigem solenidades, devendo observar apenas a forma prevista ou não proibida por lei. Permite-se, com isso, o uso de diversos instrumentos para a concretização destes acordos, até mesmo extrajudiciais, como os contratos, termos, pactos e títulos, desde que preservadas a voluntariedade e a capacidade.



O negócio processual atípico tem por objeto situações processuais referentes aos ônus, faculdades, deveres e poderes ou à escolha do rito. Assim, ele pode trazer regras do próprio ato processual ou do procedimento. Negocia-se sobre o processo, alterando suas regras e não o objeto litigioso do processo, o que é a grande diferença entre o negócio processual e a autocomposição.

Quanto ao procedimento, a cláusula geral de negociação permite que as partes criem um novo rito, suprimam atos processuais, alterem a ordem de realização dos atos, modifiquem a forma ou até mesmo o prazo para a sua realização, conforme apontamento de Barreiros (2016).

Em artigo publicado em coautoria, Hatoum e Bellinetti (2017) sintetizam, em tom didático, que é impossível que o ordenamento jurídico regule todas as situações submetidas ao Poder Judiciário. Assim, a possibilidade de celebração de acordos processuais, analisando as peculiaridades de cada lide, prestigia o princípio do autorregramento da vontade, bem como o princípio da cooperação, propiciando uma solução satisfatória e, muitas vezes, mais rápida, para a solução dos conflitos.

Para ilustrar, Didier Jr. (2018) menciona alguns exemplos de negócios processuais atípicos harmônicos com o nosso ordenamento. São eles: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única, acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão, acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória, acordo para dispensa de caução em execução provisória, acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiros fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário, acordo para tornar ilícita uma prova, entre outros.

Fica claro que, embora existam regramentos e, por conseguinte, limitações, os negócios processuais são um campo bastante vasto de autonomia e criatividade na escolha das regras a serem utilizadas em eventual litígio ou no seu transcorrer.

#### **4. Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Compreendido o fenômeno da negociação processual, passa-se a analisar os Termos ou compromissos de ajustamento de conduta, os quais podem ser um eficiente instrumento para concretização dos acordos materiais e processuais.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta às exigências legais, também conhecido como Termo de Ajuste de Conduta (TAC), foi primeiramente incorporado ao Brasil pelo art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, ainda no ano de 1990. Posteriormente, nesse mesmo ano, o art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, ampliando o uso dessa ferramenta para todos os casos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para conceituá-lo, Mazzilli (2006, p. 12) afirma que:

[o] compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; [...] mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

Farias (2020, on-line), a seu turno, define que,

[o] Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de caráter transindividual. Trata-se de um título executivo extrajudicial que contém, pelo menos, uma obrigação de fazer ou de não fazer e a correspondente cominação para o caso de seu descumprimento.

A legitimidade ativa para propor o acordo é dada pela lei para todos os órgãos públicos que podem propor ação civil pública. Todavia, em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB/1988), o Ministério Público acaba, naturalmente, se utilizando do Termo de Ajustamento com maior frequência, objetivando dar agilidade às soluções de efetivação do ordenamento vigente, sobretudo no manejo de um inquérito civil.

Quanto à natureza jurídica, o mestre Mazzilli (2006) entende se tratar de negócio jurídico de Direito Público e não de contrato, uma vez que não há disponibilidade. Farias (2020) entende que a sua natureza é de acordo substitutivo de penalidade, possuindo característica, em regra, pré-processual.

O objeto do compromisso de ajustamento pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou não fazer, em proteção a todos os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, incluindo os danos efetivos ou potenciais (risco de dano) aos seguintes interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) ordem urbanística; c) patrimônio cultural, bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, históricos; d) ordem econômica e a economia popular; e) crianças e adolescentes; f) idosos; g) pessoas portadoras de deficiência; g) investidores no mercado de valores mobiliários; h) quaisquer outros interesses transindividuais.

Com as mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a Lei nº 8.429/1992, conhecida por Lei de Improbidade Administrativa, passou, após longo debate legislativo, a permitir a celebração de ajustes no âmbito dos casos de improbidade administrativa, denominados acordos de não persecução cível, o que, até então, era expressamente vedado pela legislação. O assunto já havia sido objeto de regulamentação na Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), baseando-se em outros diplomas legais que davam assento a essas negociações. A alteração foi bem

recebida por grande parte da doutrina, porque, até mesmo em matéria criminal, são previstas e até fomentadas as soluções negociadas, como o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada.

Restou ausente na novel legislação, entretanto, elementos importantes para um maior avanço na aplicabilidade do instituto, em especial quanto ao procedimento, dado que o art. 17-A da Lei nº 13.964/2019, que trazia regras mais detalhadas, foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de violação da legitimidade *ad causam*, pois o projeto atribuía exclusivamente ao Ministério Público a possibilidade de celebração do ajuste. De qualquer forma, independentemente do rito a ser seguido, o qual deverá se amparar no microsistema normativo da justiça negocial, da proteção ao patrimônio público e suas resoluções, a modificação legislativa extirpou, de uma vez por todas, as dúvidas que ainda poderiam existir acerca da possibilidade de transação para atos qualificados como improbidades.

A Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que trata do Inquérito Civil, trouxe balizas iniciais para aplicabilidade do Termo de Ajustamento de Conduta para todas as matérias cabíveis, sendo, posteriormente, complementada pela citada Resolução nº 179/2017.

Importante lembrar que o STF teve oportunidade de se manifestar pela natureza de ato normativo primário das Resoluções do CNJ e do CNMP, as quais retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, tendo força equivalente às leis, sujeitando-se inclusive ao controle concentrado de constitucionalidade.

De acordo com o art. 14 da Resolução nº 23/2007 – CNMP:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados. (BRASIL, 2007, p. 9)

Em seguida, a Resolução nº 179/2017 regulamentou com mais profundidade o tema, definindo o seu *nomen iuris* como Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC), dispondo acerca da natureza jurídica, pressupostos, requisitos e objeto. Um dos seus pontos mais relevantes, o art. 1º, §1º, dispõe que:

[n]ão sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à

interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados. (BRASIL, 2017, p. 2)

Denota-se, assim, que há limitações bem definidas ao uso desse importante instrumento de defesa social, sendo a principal a impossibilidade de renúncias ao direito coletivo envolvido. Outrossim, sempre deve ser observada a possibilidade de controle desse acordo, quer seja internamente, como ocorre com a atividade revisional dos Conselhos Superiores do Ministério Público, no âmbito dos estados, quer seja externamente, pela via judicial, para invalidação dos compromissos que se mostrem ilegais.

Observa-se, por outra via, que o texto legal e as próprias resoluções incentivam o uso desse instrumento pactual para facilitar a interpretação do direito, definir as obrigações nos aspectos modal, temporal e espacial, e, com isso, alcançar a célere e efetiva resolução da antinormatividade constatada ou do risco de lesão ao bem jurídico protegido, possuindo eficácia de título executivo extrajudicial (art. 784, IV do CPC e art. 1º da Res. 179 CNMP).

Conforme se extrai das lições de Rodrigues (2019), em reflexão também mencionada por Farias (2020), é muito importante na formulação dos termos de ajustamento de conduta que sejam estabelecidas penalidades para o caso de descumprimento voluntário da obrigação, o que encontra fundamento no § 6º ao art. 5º da lei da ação civil pública, havendo quem entenda tratar-se de cláusula obrigatória. Para essa parcela da doutrina, mostrar-se-ia contraproducente definir uma obrigação sem a correspondente sanção ao seu descumprimento, pois, do contrário, haveria mera declaração de boa vontade. Em regra, essas cláusulas penais são previstas como multas, funcionando como obrigações acessórias no caso de descumprimento integral ou parcial dos pontos acordados entre as partes.

Outra parcela respeitada da doutrina, contudo, critica esse entendimento, afirmando que a ausência de previsão da multa no termo de ajustamento de conduta não retira seu caráter de título executivo, podendo ser requerido posteriormente em juízo, como *astreintes*, caso surja a necessidade de execução por inadimplemento.

Neste trilhar, defende-se, neste breve ensaio, haver espaço e adequação para manejar negociações processuais no decorrer dos procedimentos administrativos extrajudiciais, em especial no compromisso de ajustamento de conduta (CAC), por se revelar um instrumento jurídico apropriado e oportuno, uma vez presentes partes capazes, inclusive do ponto de vista postulatório, representadas por seus procuradores, legitimadas pela lei, com poderes para o ato, e com o objeto material que admita a autocomposição.

Cite-se um simples exemplo para melhor visualizar a situação. As partes, Ministério Público Estadual e um determinado Município, resolvem, durante o trâmite de um procedimento administrativo, entabular um Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) que tem por objeto regulamentar a realização de festejos carnavalescos na referida cidade, com regras para maximizar o cumprimento da legislação viária, urbanística, de segurança pública, sanitária e ambiental.

Neste caso, além das regras de direito material pactuadas, já de uso bastante comum, como os horários do evento, controle do trânsito dos veículos e pedestres, reforço do policiamento ostensivo, postos de emergência médica, fiscalização da poluição ambiental, multas por descumprimento, entre outros, as regras processuais também poderiam ser definidas no próprio acordo, abrindo-se capítulo específico para ajustar, por exemplo, a unicidade de instância, a dispensa consensual de assistente técnico, a responsabilidade pelo pagamento das custas e honorários periciais, prazos processuais, ou mesmo uma cláusula para retirar o efeito suspensivo da apelação. Tudo isso caminharia no sentido da eficiência e celeridade, caso haja execução judicial por descumprimento do compromisso ajustado.

Uma vez que as partes conseguiram se aproximar e se submeteram, voluntariamente, ao diálogo para ajustar as condutas materiais em nome do mesmo objetivo, cumprir as exigências legais, nada mais salutar que também aproveitem este momento para acordar sobre o regramento procedimental e processual a ser aplicado na hipótese de judicialização.

O descumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, parcial ou total, embora não desejado pelas partes, pode ocorrer e, invariavelmente, obriga a busca pela proteção do ordenamento jurídico a retornar ao grau inicial, com a execução do título em juízo, gerando prejuízos sociais irreparáveis pelo tempo, o que poderá ser minimizado, caso a fase judicial executiva siga regras processuais mais adaptadas às peculiaridades do caso concreto e ao grau de amadurecimento da questão debatida.

Ressalte-se que não se trata de estimular a supressão de direitos fundamentais, mas sim de propiciar que os diálogos e acordos construídos livremente, fora do processo, tenham força suficiente para exigir o seu pleno cumprimento, dando a convicção que estratégias processuais procrastinatórias ou com abuso do direito não encontrarão terreno fértil a se desenvolver.

Os negócios processuais estão disponíveis em nosso sistema e não podem ser olvidados pelos operadores do direito, sobretudo os agentes públicos, portadores da responsabilidade de zelar pela incolumidade do ordenamento vigente, sendo mais um relevante instrumento para facilitar o debate, propiciando o uso responsável, ético e transparente.

## 5. Conclusão

A atuação extrajudicial dos órgãos públicos, o que, por óbvio, contempla as procuradorias dos entes estatais, Ministério Público, Defensoria Pública, entre

outros, deve sempre se pautar pelo espírito da resolutividade e menor onerosidade. Essas devem ser as balizas para que os operadores do direito realizem os filtros de identificação da melhor adequação do caso concreto em exame ao caminho a ser traçado, havendo as vias da negociação ou da judicialização.

Foi possível perceber que os instrumentos da justiça negociada, também chamado sistema multiportas, vêm ganhando primazia no ordenamento jurídico brasileiro, estimulados, em grande parte, por uma crise do modelo individual e conflituoso da justiça tradicional.

O modelo de acesso à justiça dos Tribunais, mero direito de ação, transforma-se em direito de acesso aos direitos pela via adequada, sendo de menor relevo o instrumento utilizado. Nesse novo cenário, as vias da autocomposição, como a mediação, a conciliação e a negociação extrajudicial, saem da condição de coadjuvantes e passam a assumir protagonismo.

Demonstrou-se, em conclusão, que, às situações que ensejam o uso de acordos entre as partes, podem ser ajustadas não apenas condições e regras materiais e sancionatórias, mas também as disposições processuais, mais precisamente os negócios processuais. O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 traz os contornos gerais do tema, prestigiando a expansão do autorregramento da vontade.

Para instrumentalização desse objetivo, o compromisso de ajustamento de conduta (CAC), amplamente utilizado pelos órgãos públicos para autocomposição do direito material, mostra-se como um caminho viável e bem pavimentado, com regulamentação que permite amplo controle e a segurança jurídica necessária.

Defende-se, portanto, que as partes e os órgãos públicos, titulares do poder de convencionar, adotem mecanismos de busca da celeridade, eficiência e resolutividade nas negociações em que estejam envolvidos, sempre se atentando aos direitos materiais e processuais, prevendo não apenas as obrigações de fazer, não fazer e as sanções para os casos de descumprimento, mas também as regras processuais a serem adotadas em eventual ação judicial para exigência forçada do pactuado (tutela específica) ou a reparação pelos danos ocorridos, quando aquela não mais for alcançável.

Agindo assim, os sujeitos que entabulam direitos e deveres pré-processuais, em nome da boa-fé objetiva, de preservar o interesse público, cumprir a legislação e evitar demandas judiciais, ganham ainda mais operabilidade nas suas atuações funcionais, contribuindo, independentemente do meio escolhido, com a formação da cultura do consensualismo e da efetividade do Direito.

### Referências bibliográficas

- BARREIROS, L. M. S. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007*. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/1993 [...]. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2007. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resoluo-0232.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2018*. Conselho Nacional de Justiça: Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 21 maio 2020.

BUENO, C. S. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, A. do P. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA E SILVA, P. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER JR., F. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n.p., abr./jun. 2016. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boletim\\_2006/RBA\\_n.01.04](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RBA_n.01.04). PDF. Acesso em: 27 abr. 2020.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., H. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. (Orgs.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, T. Termo de Ajustamento de Conduta e celeridade processual. *Consultor Jurídico*, on-line, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/ambiente-juridico-termo-ajustamento-conduta-celeridade-processual#author>. Acesso em: 04 maio 2020.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 8., 2017, Florianópolis. *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis*. Florianópolis: Fórum Permanente de Processualistas Civis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

GARCIA, E. A busca pela solução consensual de conflitos na tutela coletiva: faculdade ou obrigação do Ministério Público? *Blog da Conamp*, on-line, 2019. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/2405->

a-busca-pela-solucao-consensual-de-conflitos-na-tutela-coletiva-faculdade-ou-obrigacao-do-ministerio-publico. Acesso em: 13 jun. 2019.

HATOUM, N. S.; BELLINETTI, L. F. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017.

MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista Direito Ambiental*, [S. l], v. 41, p. 93, jan. 2006. Disponível em: <https://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>. Acesso em: 04 maio 2020.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, M. B. de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, D. A. A. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina*. OAB: Brasília, 2015.

RODRIGUES, M. A. *Direito ambiental esquematizado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WAMBIER, T. A. A.; CONCEIÇÃO, M. L. L.; RIBEIRO, L. F. da S.; MELLO, R. L. T. de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.







Detalhe da imagem da capa





# Da democracia à partidocracia: reflexos no crescimento da corrupção

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. A inter-relação entre democracia e partidos políticos. 2. O alvorecer da partidocracia e a suscetibilidade à corrupção. Epílogo.

### 1. A inter-relação entre democracia e partidos políticos

A democracia, em sua expressão mais simples, faz do povo a origem e o fim do poder estatal. Como o povo titulariza o poder, nada mais natural que o exerça diretamente ou por intermédio dos representantes que venha a escolher. O governo assim formado deve direcionar suas ações ao bem comum, que há de ser contextualizado na coletividade que representa, não em outra qualquer. Especificamente em relação ao processo de formação do governo, constata-se que o crescimento populacional em muito dificulta a operacionalização da democracia direta, o que confere uma posição de primazia à democracia representativa.

A democracia representativa torna-se operativa com a realização de eleições. É o momento em que os interessados em exercer o mandato eletivo devem submeter o seu nome àqueles que possuem capacidade eleitoral ativa, os cidadãos. Nesse processo, constatou-se que a ideologia prestigiada assume maior relevância que a individualidade de cada ser humano, bem como que a complexidade da vida contemporânea exige, tanto quanto possível, a concentração de referenciais ideológicos, o que colaborou para o surgimento dos partidos políticos.

Os partidos políticos podem ser vistos como verdadeiras organizações interpessoais de natureza ideológica. Aglutinam indivíduos que comungam de valores políticos similares e possuem uma estrutura essencialmente dialética: o debate justifica a sua existência e direciona a sua atuação. Não se compatibilizam com a imposição ou a mansa resignação, isso sob pena de se tornarem meros instrumentos de legitimação do arbítrio. Como se constata pela etimologia da expressão, cada partido consubstancia uma parte das ideias vigentes no ambiente sociopolítico, o que, ao menos conceitualmente, permite a construção de sua identidade.

---

\* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Os partidos possibilitam a organização do pensamento político e o evoluir da própria democracia, em muito contribuindo para a vinculação dos governantes ao alicerce ideológico que possibilitou a sua ascensão ao poder. Como afirmou James Bryce,<sup>1</sup> “a associação e a organização dos partidos são, para os órgãos governamentais, o mesmo que os nervos motores para os músculos, os tendões, os ossos para o corpo humano. Eles transmitem a força motriz, determinam a direção para a qual os órgãos devem se dirigir”. Os programas partidários permitem que consideráveis parcelas da população permaneçam unidas em prol de objetivos comuns, fazendo que o voto assuma colorido ideológico e não puramente pessoal, direcionado, pura e simplesmente, pela simpatia e persuasão do candidato preferido.

A preeminência da vontade da maioria, fórmula que serve de norte a praticamente todos os procedimentos eletivos, é um verdadeiro postulado democrático. Não significa, por outro lado, possa ser aniquilada ou simplesmente desconsiderada a participação das minorias. Maiorias e minorias, de modo dinâmico e volátil, têm decisiva participação na formação do poder e na preservação do ideal democrático. Mantêm entre si uma relação dialética que assegura o contínuo aperfeiçoamento do sistema, daí a impossibilidade de as maiorias ocasionais adotarem medidas, fáticas ou jurídicas, que inviabilizem a organização de seus opositores e assegurem a sua perpetuação no poder. A democracia encontra-se intimamente interligada ao pluralismo, referencial de respeito mútuo, de livre debate de ideias e opiniões.

## 2. O alvorecer da partidocracia e a suscetibilidade à corrupção

O fato de o povo não se conectar diretamente aos seus representantes tem potencializado a influência dos partidos políticos na formação e na condução do governo. Essa influência, em não poucos aspectos, transmutou-se em dominação. Enquanto a expressão “partido político” indica o conjunto de pessoas, dotadas de semelhanças ideológicas, que se reúnem para conquistar e manter o poder, o designativo “partidocracia” (*Parteienstaat* para os alemães, *Party Government* para os ingleses, *Stato di Partiti* ou *Partitocrazia* para os italianos) significa, em sentido lato, “o governo dos partidos.”<sup>2</sup> As decisões já não são mais tomadas pelos parlamentares, mas, sim, pelos dirigentes dos seus partidos, cuja influência é diretamente proporcional à sua falta de visibilidade para a opinião pública.

As instituições, ademais, deixam de ser o epicentro estrutural do poder, cedendo lugar aos partidos políticos, que dominam a cena política e absorvem as instituições. A tradicional divisão de poderes entre Executivo e Legislativo, por exemplo, cede lugar à tensão dialética entre “bloco de governo” e “bloco de oposição”, o que importa em um redimensionamento ou, melhor dizendo, arrefecimento dos mecanismos de *checks and balances* sempre que maiorias ocasionais com idêntica

<sup>1</sup> *La République Américaine*, Tome III. Le Système de Parti – L’Opinion Publique, trad. de P. Lestang, Paris: M. Giard & É. Brière, 1901, p. 1.

<sup>2</sup> DELA MORA, Gonzalo Fernandez. *La Partitocracia*, Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1977, p. 149.

ideologia partidária dominem a cena política. Os partidos, assim, deixam de ser canais eleitorais para tornarem-se titulares do próprio mandato político.

Esse estado de coisas, longe de ser exclusivo do sistema parlamentar, em que as coalizões partidárias são necessárias para a estabilidade política,<sup>3</sup> tornou-se endêmico nas democracias contemporâneas, pela singela razão de os partidos políticos serem o principal caminho de acesso ao poder.

Atrelada à crescente influência dos partidos políticos no processo decisório das estruturas estatais de poder, tem-se a suscetibilidade dessas associações à corrupção. A ideologia é degenerada por completo e as cifras passam a direcionar as decisões políticas, o que se torna particularmente grave quando lembramos da pouca visibilidade dos dirigentes partidários.

A intensidade com que a corrupção tem penetrado nos partidos políticos e, por via reflexa, nas estruturas estatais de poder foi bem retratada no “barômetro global da corrupção”, um dos índices divulgados pela Transparência Internacional, organização não governamental de origem germânica que divulga quadros analíticos a respeito do estágio de desenvolvimento de corrupção nos distintos quadrantes do mundo. Como mencionamos em obra específica,<sup>4</sup> o índice relativo a 2005, primeiro a ser divulgado, revelou que o impacto da corrupção sobre a vida pessoal e familiar é mais acentuado nos lugares mais pobres. Conquanto possa soar paradoxal, um percentual relativamente pequeno de famílias em países com alta circulação de riquezas admitiu ter pago subornos nos últimos 12 meses, enquanto uma proporção relativamente alta de famílias de um grupo de países da Europa Oriental, África e América Latina admitiram tê-lo feito. Tomando como parâmetro a renda *per capita*, o efeito econômico do suborno difere de um país para outro, podendo absorver ou não parte considerável do orçamento familiar. Quanto aos setores mais corruptos, as instituições políticas ocupam o ápice da escala em 45 dos 65 países alcançados pela pesquisa<sup>5</sup>. O primeiro lugar da lista é ocupado pelos partidos políticos. No barômetro global relativo ao período 2010/2011, foram consideradas, como instituições mais afetadas pela corrupção, nessa ordem, os partidos políticos, a polícia, o Judiciário, o Legislativo, o setor privado, os servidores

<sup>3</sup> Cf. SPÄTE, Ludwig. *Parlamentarismus und Parteienstaat in Deutschland: Konflikt zwischen Parteienstaat und Parlamentarismus*. Deutschland: Grin Verlag, 2008, p. 2 e ss. Sobre o papel dos sindicatos na partidocracia, vide: PELINKA, Anton. *Gewerkschaften im Parteienstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

<sup>4</sup> Vide a primeira parte da obra *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 61 e ss.

<sup>5</sup> Observada uma escala de 1 (pouco corrupto) a 5 (muito corrupto), são os seguintes os setores e instituições mais afetados pela corrupção: a) partidos políticos – 4,0; b) parlamento – 3,7; c) polícia – 3,6; d) sistema legal/Judiciário – 3,5; e) negócios/setor privado – 3,4; f) tributação – 3,4; g) alfândega – 3,3; h) mídia – 3,2; i) serviços médicos – 3,2; j) concessionárias de serviços públicos – 3,0; k) sistema educacional – 3,0; l) militares – 2,9; m) registro e autorização de atividades – 2,9; n) organizações não governamentais – 2,8; e o) organismos religiosos – 2,6. Realizando-se uma divisão por região, o resultado é o seguinte: a) Ásia – partidos políticos (4,2), parlamentos (3,9) e polícia (3,9); b) África – polícia (4,4), partidos políticos (4,2) e aduana (4,0); c) Europa Ocidental – partidos políticos (3,7), parlamentos (3,3) e iniciativa privada (3,3); d) Europa Central e Oriental – polícia (4,0), partidos políticos (4,0) e parlamentos (3,9); e) América Latina – partidos políticos (4,5), parlamentos (4,4) e polícia (4,3).

públicos, o sistema de educação, a mídia e os corpos religiosos. Na República Federativa do Brasil, a primazia foi dos partidos políticos.

A permeabilidade dos partidos políticos à corrupção configura um fator de análise que parece passar despercebido à nossa incipiente e, por vezes, insipiente democracia. Ainda não nos demos conta de que o envolvimento da cúpula de um partido político em atos de corrupção configura indicador seguro de que igual prática será adotada pelos governantes que a ele estejam vinculados. Apesar disso, ainda acreditamos, ingenuamente, que os candidatos são impermeáveis.

Esse quadro tem trazido muitos dissabores ao povo brasileiro, a começar pela manutenção no poder de partidos políticos cuja cúpula já foi, inclusive, condenada pela prática de atos de corrupção. Apesar dessa constatação, observava Rui Barbosa<sup>6</sup> que:

[d]eplorar os partidos, que são positivamente um bem e uma necessidade congênita à sociedade humana, tanto importa como "reprovar a névoa e o vento", ou as forças que equilibram o mundo. O que deprava os partidos são as considerações pessoais, e destas a responsabilidade pertence aos que não sabem dirigi-los, senão cultivando-as; porque lhes falece capacidade, ou sinceridade, para dominarem pelas ideias, e ficam reduzidos a retribuir-se nos indivíduos que as não têm, governando com a inveja, a mediocridade e a ronha.

## Epílogo

Nosso grande desafio, especialmente em períodos eleitorais, é o de enxergarmos a estrutura partidária por trás de cada candidato e, num segundo momento, os interesses políticos e econômicos que movem essa estrutura. Somente assim conseguiremos ultrapassar a retórica e alcançar a essência, antecipando, com relativa facilidade, o seu comportamento quando eleitos.

---

<sup>6</sup> *Teoria Política*. Seleção, coordenação e despacho de Homero Pires. São Paulo: W. M. Jackson Inc. Editores, 1964, p. 69.



# O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico<sup>1</sup>

Ives Gandra\*

Tem-se discutido ultimamente com mais intensidade quais seriam os limites da atuação da Suprema Corte no Estado Democrático de Direito brasileiro, ou seja, se seria um super poder com direito de impor suas decisões mesmo além dos limites definidos pela Lei Maior ou se seria um Poder como os demais, submetidos às atribuições outorgadas pela Carta da República.

Corrente doutrinária do Direito Constitucional que ganhou força nas universidades, nas instituições de classe e no Poder Judiciário tem hospedado vertente de pensamento segundo a qual o século 19, com a introdução do parlamentarismo inglês de 1689 em muitos países europeus e no Segundo Império brasileiro, foi o século do Poder Legislativo; o século 20 foi o século do Poder Executivo; e o século 21 será o do Poder Judiciário, à luz do denominado princípio consequencialista.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente. O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante, ao admitir uma relativização do texto ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro desse quadro largado da hermenêutica.

Tanto o consequencialismo quanto o neoconstitucionalismo provocam uma politização do Judiciário que, não poucas vezes, invade competências próprias de outros Poderes, com a judicialização da política, levando as correntes minoritárias a buscar no Judiciário forma de suprir sua incapacidade de fazer prevalecer suas opiniões ou ideologias. Quanto mais o Judiciário age politicamente, tanto mais os políticos buscam o Judiciário para utilizá-lo como instrumento contra suas derrotas no Legislativo ou no Executivo.

Pessoalmente, entendo que a Constituição de 1988 não albergou nenhuma dessas formas de ação do Poder Judiciário, como de resto em artigos e livros tenho procurado demonstrar, embora reconhecendo que com limitado êxito.

<sup>1</sup> Artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo", Caderno Opinião em: 17/07/2020.

\* 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.

Um exame mais detido do texto constitucional demonstra que a Lei Superior brasileira tem claros e escuros, princípios constitucionais relevantes, normas e regras sem densidade constitucional, excessiva generalização, adiposidade desnecessária e um longo rol de disposições que se pretendia fossem de aplicação imediata, embora de difícil implantação.

Dois pontos, todavia, tornaram-se importantes no novo texto da Carta da República: o equilíbrio entre os Poderes, desejado pelo constituinte, e a inserção de uma lista apreciável de garantias e direitos individuais. Esses pontos passaram a balizar o comportamento dos Poderes a partir de 1988.

Acontece, todavia, que desde 2003 – quando, num único mês, três ministros que marcaram história na Suprema Corte se aposentaram: Moreira Alves, Sydney Sanches e Ilmar Galvão – a Suprema Corte perdeu aquela característica de um colegiado com a função maior de ser o guardião da Constituição e a função decorrencial de dar estabilidade às instituições.

Nada obstante a qualidade indiscutível de todos os seus integrantes, o protagonismo individual que assumiram passou a permear muitas decisões, promovendo o avanço da insegurança jurídica, sempre que a competência de atribuições de outros Poderes foi invadida. Com isso, a comunidade jurídica encontra-se permanentemente em suspenso, temerosa de que, em algum momento, tal invasão venha a deflagrar um conflito que resulte no acionamento dos freios e contrafreios expostos no texto supremo.

Acresce que o Ministério Público – que não é Poder –, nada obstante o nível e a qualidade de seus membros, tem, muitas vezes, envergado vestes próprias de um Poder, causando, também, instabilidade, visto que o *Parquet* é apenas uma função essencial à administração da justiça, como o é a advocacia.

À evidência, manter quadros institucionais em que os representantes dos três Poderes, em vez de agirem com harmonia e independência entre si, invadem competências uns dos outros, deixa desprotegidos os direitos individuais, que deveriam ser assegurados na tríplice função montesquiana de respeito entre os três Poderes. Ficam tais direitos e garantias, repetidas vezes, tisonados, principalmente o direito de defesa, cada vez mais atingido na sofrida República brasileira, que deveria nele ter o alicerce maior da democracia.

É de lembrar que o artigo 1º da Constituição Federal declara que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e o 2º, que os Poderes são harmônicos e independentes. São os dois primeiros artigos que fundamentam os oito títulos, as Disposições Gerais e Transitórias e as 112 emendas constitucionais do processo revisional e ordinário.

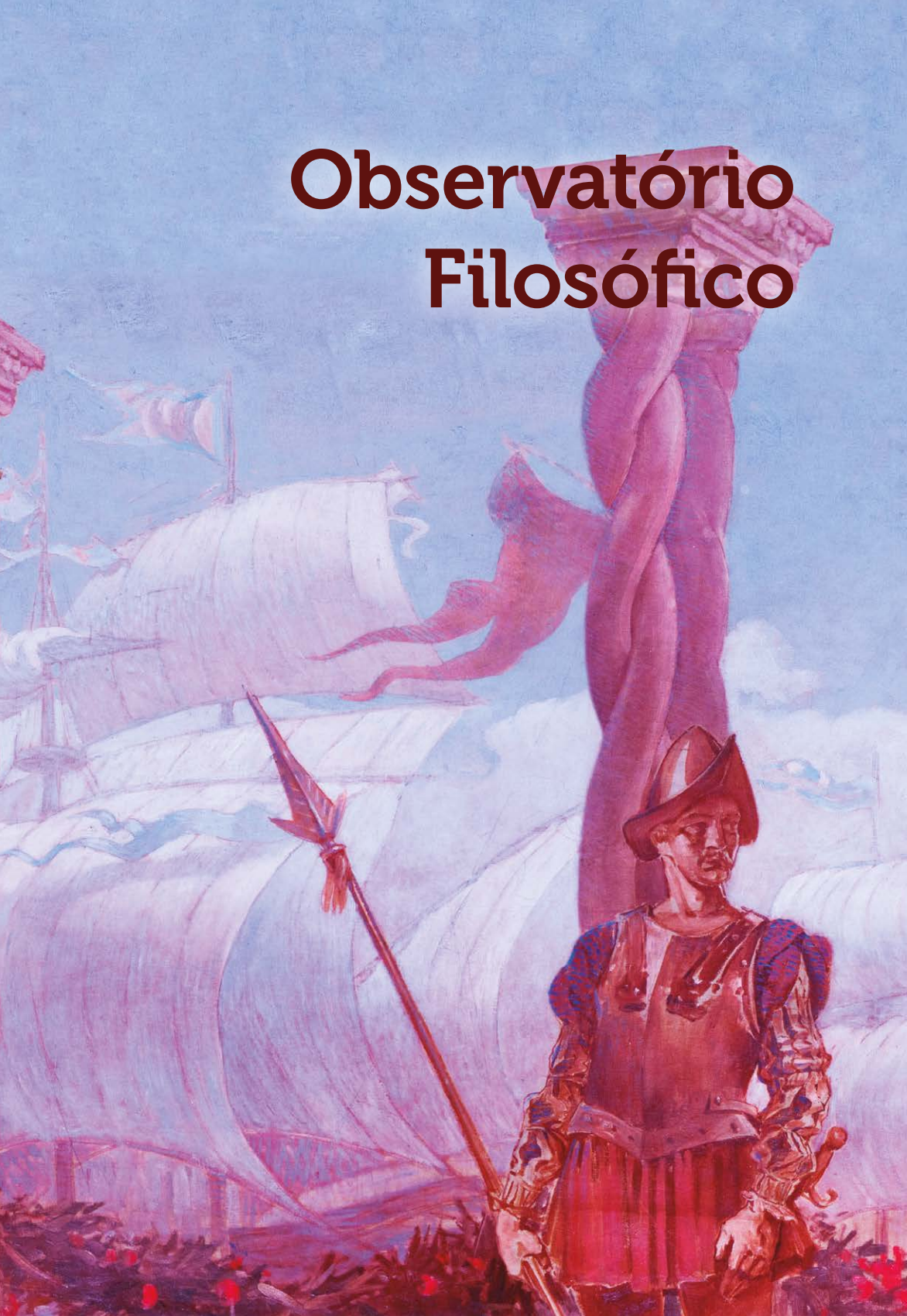
Uma democracia só é plena se cada Poder, no âmbito de suas atribuições, cumprir sua missão com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente. E, na minha opinião, o consequencialismo jurídico não foi albergado pela nossa Lei Suprema.





Detalhe da imagem da capa

# Observatório Filosófico





# Brevíssimo estudo sobre a filosofia do tédio em Martin Heidegger

Adolfo Borges Filho\*

## Resumo

O propósito deste sucinto estudo é tratar, da forma mais objetiva possível, as três formas de *tédio filosófico* expostas por Martin Heidegger na sua conceituada obra *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica. Mundo, Finitude, Solidão*.

## Abstract

*The purpose of this concise study is to treat, in the most objective way possible, the three types of philosophical boredom exposed by Martin Heidegger in his consecrated work Die Grundbegriffe der Metaphysik: Welt, Endlichkeit, Einsamkeit.*

**Palavras-chave:** Heidegger. Svendsen. Pessoa. Filosofia. Tédio.

**Keywords:** Heidegger. Svendsen. Pessoa. Philosophy. Boredom.

Quando refletimos sobre o *tédio*, tendemos a considerá-lo como algo relacionado a um estado de humor, em geral, temporário, causado por alguma atividade ou, mesmo, inatividade que vivenciamos em determinados momentos da nossa vida. E se o sentimento persiste, inclinamo-nos a explorá-lo no terreno da psicologia, seja pela autoanálise, seja pela ajuda de terapia. Dificilmente concluímos, de pronto, pela qualificação do fenômeno como *existencial*, direcionando, assim, nosso foco para a área da filosofia.

O Professor Lars Svendsen, do Departamento de Filosofia da Universidade de Bergen, Noruega, escreveu um livro intitulado, em tradução inglesa, *A Philosophy of Boredom (Uma filosofia do Tédio)*, classificando o *tédio* como “problema filosófico” e afirmando que “[p]rofound boredom is one fundamental existential experience” (“Tédio profundo é uma experiência existencial fundamental”). Aduz, ainda, que “[a]s Jon Hellesnes has asked: ‘What can possibly be more existentially disturbing than boredom?’” (“Como Jon Hellesnes indaga: ‘O que possivelmente pode ser mais existencialmente perturbador do que o tédio?’”) (*op. cit.* p. 11). Podemos afirmar que, nesse livro, figura como principal protagonista o grande filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976), que explora o tema, com amplitude e profundidade, na consagrada obra *Os Conceitos*

---

\* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO.

*Fundamentais da Metafísica: Mundo, Finitude, Solidão*, como poderemos constatar nas linhas que seguem.

O filósofo afirma existir três formas de *tédio*. Ousamos dizer que a primeira forma trata de um *tédio* corporificado ou materializado pelos entes que nos cercam. Após descrever a situação emocional de um passageiro que espera o trem numa determinada estação, Heidegger faz a seguinte assertiva:

No exemplo concreto, tivemos a oportunidade de ver simultaneamente que a estação de trem em si não nos entedia, não nos deixa plantados. Isto só acontece enquanto o trem ainda não está aí. Nós vimos, portanto, que lhe falta uma determinada conexão com um determinado instante no tempo. Dito positivamente: para que a estação de trem não nos entedie sob esta forma determinada do *tédio*, é preciso que a encontremos em seu *tempo específico*, no tempo que é de certa maneira o tempo ideal de uma estação de trem: ou seja, pouco antes da partida do trem. Se as coisas possuem evidentemente a cada vez o *seu tempo* e se encontramos as respectivas coisas justamente em seu *tempo*, então talvez o *tédio* permaneça de fora. Inversamente: o *tédio* só é em geral possível porque todas as coisas, como dissemos, possuem *seu tempo*, então não haveria *tédio* algum. (Heidegger, 2006:127)

Observamos que o *Ser* fica retido pela própria estação que está ali posta, à disposição do passageiro, para que ali mesmo ocorra a espera caracterizada pelo “curso hesitante do tempo”. Nas palavras do filósofo:

Junto à *primeira forma* do *tédio*, falamos de um ser-retido pelo curso hesitante do tempo. Isto ficou relativamente claro, apesar de termos caído imediatamente em uma zona de obscuridade, ao perguntarmos ao que é, afinal, que somos retidos em meio a esta retenção. Pois não é suficiente dizer: nós somos detidos junto ao ente que se oferece nesta situação em questão, nós precisamos nos manter lá esperando. Pois justamente este ser detido junto ao ente determinado que se recusa só possui a sua incisividade pelo fato de sermos aí retidos pelo tempo hesitante: pelo tempo que precisamos dissipar aí em vão e esperando infrutiferamente. (Heidegger, 2006: 144)

Fazendo-se uma ponte para o terreno jurídico, podemos formular o seguinte cenário: O que é dado, em termos de mundo, ao preso? A penitenciária, por exemplo, com o seu conjunto arquitetônico composto essencialmente de celas, solitárias,



sede administrativa e, em alguns locais, quadra de esporte e oficinas de trabalho. Dependendo da região em que se acha situada, é possível a presença de um jardim e, mesmo, de um canteiro de flores. Ainda assim, o *tédio* permanece durante o tempo em que o interno cumpre sua pena naquele mesmo lugar. Nesse caso, o *tédio* está diretamente relacionado com a própria estrutura física do ambiente destinado ao cumprimento da pena. Naquela prisão, o condenado se sujeita ao *tempo hesitante* de espera nos limites temporais impostos pelo Estado. Quanto mais rigoroso o castigo e, conseqüentemente, o confinamento, mais acentuado o *tédio* do condenado. O olhar-para-o-relógio se transforma num olhar-para-o-calendário e, no caso de uma pena de prisão perpétua, o que se vislumbra é a própria morte. Ouso inferir que o ser humano, condenado à prisão perpétua, para não se sentir sugado pelo redemoinho da loucura, procurará sempre nutrir o seu imaginário com o desejo de uma fuga salvadora que o retire daquele “inferno”, devolvendo-lhe a própria existência.

E, na literatura, vejamos o que diz o magnífico poeta da língua portuguesa Fernando Pessoa sobre o *tédio*, no seu *Livro do Desassossego*, mais precisamente na *seção 445*:

Dizem que o tédio é uma doença de inertes, ou que ataca só os que nada têm que fazer. Essa moléstia da alma é porém mais subtil: ataca os que têm disposição para ela, e poupa menos os que trabalham, ou fingem que trabalham (o que para o caso é o mesmo) que os inertes de veras.

Nada há pior que o contraste entre o esplendor natural da vida interna, com as suas Índias naturais e os seus países incógnitos, e a sordidez, ainda que em verdade não seja sórdida, de quotidianidade da vida. O tédio pesa mais quando não tem a desculpa da inércia. O tédio dos grandes esforçados é o pior de todos.

Não é o tédio a doença do aborrecimento de nada ter que fazer, mas a doença maior de se sentir que não vale a pena fazer nada. E, sendo assim, quanto mais há que fazer, mais tédio há que sentir.

Quantas vezes ergo do livro onde estou escrevendo e que trabalho a cabeça vazia de todo o mundo! Mais me valera estar inerte, sem fazer nada, sem ter que fazer nada, porque esse tédio, ainda que real, ao menos o gozaria. No meu tédio presente não há repouso, nem nobreza, nem bem-estar em que haja mal-estar: há um apagamento enorme de todos os gestos feitos, não um cansaço virtual dos gestos por não fazer. (*op. cit.* p. 403).

*A segunda forma de tédio* seria uma espécie de tédio sem explicação aparente; “o eu não sei o quê”. O tempo nos é dado como dádiva. Ele se estende diante de nós,

pronto para ser usado da melhor forma que nos aprouver. No gozo do *passatempo*, ignoramos o próprio desenrolar do tempo, atingindo o “modo originário da serenidade vazia” heideggeriana. Ainda assim, somos invadidos por um *tédio* cuja natureza desconhecemos. Em resumo: o ser é deixado vazio num tédio de “eu não sei o quê”. Segundo o filósofo:

Na segunda forma, em contrapartida, deixamo-nos de antemão tempo para a noite. Nós temos tempo. Este tempo não urge e também não pode, por isto, andar muito lento para nós: ou seja, ele não pode nos ater enquanto um tempo hesitante. A isto corresponde o fato de junto a este entediar-se não olharmos absolutamente para o relógio, de não pensarmos de maneira alguma no fim do convite. Mas o que significa isto? Como se encontram as coisas nesta segunda forma do tédio quanto à nossa relação com o tempo? A resposta precisa ser conquistada sobre o caminho previamente indicado: a partir do *passatempo*. Acabamos de caracterizar o *passatempo* em sua forma modificada. Nenhuma ocupação singular determinada no interior da situação, mas esta situação mesma, estendida de ponta a ponta, de maneira discreta, é o *passatempo*. O *passatempo* perfaz-se em meio a esta participação no que se transcorre, deixando-se rolar. O que se transcorre está fundado no deixar-rolar como o modo originário da serenidade vazia. O *passatempo* detém-se no que pertence ao próprio entediar-se junto a... Nós nos entediamos junto ao convite. Este mesmo é o *passatempo*. (Heidegger, 2006:144)

A terceira forma de tédio é o tédio profundo que projeta o indivíduo na essência da própria temporalidade. O *Dasein* (*ser-aí*) mergulha no vazio, indiferente a tudo que o cerca. A expressão utilizada pelo filósofo para sintetizar esta terceira forma de tédio é a seguinte: “é entediante para alguém”. E esclarece:

É entediante para alguém. O que acontece neste tédio é o seguinte: o *ser-aí* é banido para o interior da amplitude do horizonte temporal e de qualquer modo impelido para o ápice do instante como o que propriamente possibilita e que só se pode anunciar enquanto tal quando se impõe enquanto um possível. (*Ibidem*: 179).

E acrescenta:

O entediante não são nem as coisas ônticas enquanto tais – quer em particular, quer em conexão umas com as outras –, nem os

homens ônticos enquanto pessoas passíveis de serem assinaladas e que se encontram por aí, nem os objetos, nem os sujeitos, mas a *temporalidade enquanto tal*. (*Ibidem*: 186/187)

Pensamos que, nesta forma mais *profunda* de tédio, o *ser-aí* é lançado no próprio tempo, totalmente entregue ao passar das horas, independentemente de estar cercado de entes que não lhe dizem nada ou de estar ocupado ou desocupado em termos de qualquer tipo de atividade. O entediante é a *temporalidade* mesmo, *enquanto tal*. O *Tédio* se impõe, travestido em temporalidade, como entidade autônoma definindo o próprio existir. A saída do *ser-aí* desse *tédio profundo* se dá através do *instante* no qual, como num piscar de olhos, ele consegue vislumbrar o presente, passado e futuro para poder agir, escapando, assim, do banimento do tempo. Como explicado por Heidegger:

O instante rompe o banimento do tempo, pode rompê-lo, uma vez que ele mesmo é uma possibilidade própria do tempo. Ele não é, por exemplo, um agora pontual, que só chegamos mesmo a constatar. Ao contrário, ele é, sim, a visualização característica do *ser-aí* nas três direções de visada que já conhecemos: no presente, futuro e passado. O piscar de olhos essencial ao instante aponta para um olhar de um tipo singular, um olhar que denominamos o olhar da decisão de agir na respectiva situação, na qual o *ser-aí* se encontra. (*Ibidem*: 178-179)

Concordamos com o professor Svendsen quando critica o filósofo alemão pelo fato de o mesmo acreditar que somente quando o *Dasein* (*ser-aí*) se livra do *tédio* é que a sua relação com os entes do mundo concreto passa a ter um significado, tornando-se, dessarte, liberta dos grilhões de uma temporalidade esvaziada de sentido. O problema é que o *tédio* não pode ser descartado da existência humana. Como bem pontuado pelo mestre norueguês:

*Heidegger believes that boredom can be overcome, and that is precisely his mistake – here mains within the logic of transgression. He recognizes that boredom indicates a commitment we have to the way we live our lives, but he wrongly believes that this commitment requires that one renounces this entire way of living. In my opinion, though, this commitment is a commitment to the concrete, not to Being. And this commitment includes the necessity of accepting boredom, rather than an attempt to overcome it.* (Svendsen, 2006: 132)

Heidegger acredita que o tédio pode ser superado e esse é precisamente o seu erro – ele permanece dentro da lógica da

transgressão. Ele reconhece que o tédio indica um comprometimento que temos na maneira em que vivemos nossas vidas, mas ele acredita erroneamente que esse comprometimento requer que renunciemos, por inteiro, a esse modo de viver. Na minha opinião, esse comprometimento, no entanto, é um comprometimento com o concreto, não com o Ser. E esse comprometimento inclui a necessidade de se aceitar o tédio ao invés de tentar sobrepujá-lo.

Voltando-se para o tédio relacionado ao Ser (*Being*), recorreremos, novamente, a Fernando Pessoa (*op. cit. Sessão 446*):

O tédio de Khayyam não é o tédio de quem não sabe o que faça, porque na verdade nada pode ou sabe fazer. Esse é o tédio dos que nasceram mortos, e dos que legitimamente se orientam para a morfina ou a cocaína. É mais profundo e mais nobre o tédio do sábio persa. É o tédio de quem pensou claramente e viu que tudo era obscuro, de quem mediu todas as religiões e todas as filosofias e depois disse, como Salomão: “Vi que tudo era vaidade e aflições de ânimo”, ou como, ao despedir-se do poder e do mundo, outro rei, que era imperador, nele, Septímio Severo: “*Ominia fui, nihil...*” “Fui tudo; nada vale a pena”.

Por conseguinte, a consciência autêntica nos leva a admitir e a aceitar que o tédio impregna a existência humana, no sacrário do Ser (*Being*), competindo-nos fazer a distinção entre esse tédio que emana da sabedoria com o tédio inútil que nos conduz aos vícios e aos desvios de caráter. Aproveitando as colocações de Fernando Pessoa, o tédio salomônico, por exemplo, poeticamente descrito no *Eclesiastes*, pode fundamentar uma ética voltada à natureza, na sua forma mais abrangente, bem como, uma *ética de alteridade* como alvitada por Lévinas.

### Bibliografia

HEIDEGGER, Martin. *Os Conceitos Fundamentais da Metafísica*. Mundo. Finitude. Solidão. Tradução do alemão para o português: Marco Antônio Casanova; 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego*. Organização Richard Zenith. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SVENDSEN, Lars. *A Philosophy of Boredom*. Tradução do norueguês para o inglês: John Irons. London: Reaktion Books Ltd.

# Hobbes e o contrato como fundamento do Estado moderno

Delmo Mattos\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A fórmula elementar básica do contrato hobbesiano: Unidade, vontade e representação. 3. Transferência de direitos e a constituição do *Commonwealth*: Poder, soberania e liberdade. Referências bibliográficas.

## Resumo

A configuração do argumento contratualista de Hobbes remete-se diretamente à necessidade da instauração de uma instância representativa, isto é, o Estado (*Commonwealth*), pelo qual são suprimidas efetivamente as condições insuficientes de preservação da vida e da manutenção da paz entre os homens, em troca do estabelecimento da obrigação política. Diante desse pressuposto, fica evidente o quanto é relevante o artifício do contrato político para a eficácia do empreendimento filosófico e político do filósofo em questão, que o tornou um dos principais representantes do pensamento político moderno. Se for realmente assim, torna-se absolutamente necessário para uma correta interpretação dos propósitos de Hobbes, um exame acerca da configuração e da articulação teórica do seu argumento contratualista evidenciando, sobretudo, por um lado, a transferência ou renúncia do direito e do poder natural dos homens e, por outro, a transferência e a autorização das ações para um representante legítimo.

## Abstract

*Hobbes' contractual argument is directly based on the need to establish a representative body, i.e. the Commonwealth, by which insufficient conditions for the preservation of life and the maintenance of peace among men are effectively removed in exchange for the establishment of political obligation. In the face of this assumption it is evident how relevant the artifice of the political contract is for the efficacy of the philosophical and political enterprise of the philosopher in question, which has made him one of the principal representatives of modern political thought. If this is indeed so, it becomes absolutely necessary for a correct interpretation of Hobbes' purposes, an examination of the configuration and theoretical articulation of his contractualist*

---

\* Pós-Doutor em Teoria do Direito pelo PPGDIR da UFMA. Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA e Programa de Pós-graduação em Direito da UniCEUMA.

*argument evidencing, above all, on the one hand, the transfer or renunciation of the right and natural power of men and, on the other, the transfer and authorization of actions to a legitimate representative.*

**Palavras-chaves:** Liberdade. Contrato. Estado. Política

**Keywords:** *Freedom. Human person. Punishment. Dignity.*

## 1. Introdução

Em um sentido amplo, tal como se compreende as doutrinas que floresceram na Europa entre o começo do século XVII e o fim do XVIII, o contrato ou pacto compreende todas aquelas teorias políticas que fundamentam a origem da sociedade e a legitimação do poder político num contrato, isto é, num acordo tácito expresso entre a maioria dos indivíduos sem qualquer referência a um poder divino ou transcendente, para o qual assinala efetivamente a transição do estado de natureza para o estado político ou a sociedade civil. Na teoria política hobbesiana, a lógica desta transição satisfaz necessariamente a exigência de legitimar ou instaurar o poder político capaz de conter ameaça iminente do estabelecimento da paz e da segurança entre os homens. Nisto está a originalidade do argumento contratualista hobbesiano na medida em que ressalta o papel da vontade humana como instrumento de ação política cuja consequência será a reunião da multidão ou da diversidade de vontades em vista a um propósito comum.

Na perspectiva hobbesiana, os pactos, na verdade, representam acordos da livre vontade de cada homem efetuados num tempo futuro, pois, segundo o filósofo, nenhum homem está obrigado a cumprir a palavra dada pelo fato de se caracterizar como uma promessa futura e de nenhum poder externo obrigá-lo. Por sua vez, em relação aos acordos, ninguém está obrigado e, embora eles sejam derivados da vontade, a simples desconfiança recíproca pode simplesmente anulá-los, menciona Hobbes. Em todo caso, o contrato representa um acordo firmado no tempo presente, mas necessita de determinados elementos externos para validá-lo. Tais elementos explicitam uma premissa fundamental: ao contrário do que Aristóteles afirmara na Política, para quem o homem é um animal político e a constituição da *pólis* se deve a um processo puramente natural, para Hobbes este processo de associação não é natural e a base do seu argumento está intimamente relacionada às noções de deliberação e vontade e, por outro lado, a de transferência e autorização de ações. Estas noções são descritas pelo filósofo a partir de uma fórmula fundamental que perpassa todas as definições tratadas por ele em suas principais obras acerca do contrato como elemento fundante do Estado moderno.

Para compreender exatamente o conteúdo de tal fórmula, é necessário percorrer toda uma discussão de níveis e distinções que a constitui. Neste sentido, cabe impreterivelmente explicitar, no caso, de forma breve, que o conteúdo da

fórmula do contrato social hobbesiano caracteriza-se, sobretudo, pela noção de renúncia ou transferência da liberdade e do direito natural, pois, tanto um quanto o outro, são os fatores determinantes para o quadro de hostilidade generalizado que configura o estado de natureza, descrito por Hobbes no *Leviathan*. Mas o que significa propriamente a noção de renúncia e transferência? Quais são os níveis e distinções que constituem o contrato social em Hobbes na constituição do *Leviathan*? Essas indagações são relevantes para evidenciar a relevância do artifício do contrato político para a eficácia do empreendimento filosófico e político de Hobbes que o tornou um dos principais representantes do pensamento político moderno.

Para tanto, concentrar-me-ei em dois pontos fundamentais: primeiramente, com base na fórmula do contrato, examino o modo como a argumentação de Hobbes delinea a constituição da multidão em uma unidade, isto é, a “pessoa artificial”. Em seguida, discuto a relação entre renúncia de direitos e a constituição do poder soberano, ressaltando que este nada mais é do que a unidade da multidão.

## 2. A fórmula elementar básica do contrato hobbesiano: Unidade, vontade e representação

No *Leviathan*, capítulo XVII, Hobbes fornece os indícios em direção a uma resposta plausível a tais indagações por meio do vínculo que faz entre o elemento central da sua argumentação contratualista denominada de “fórmula elementar básica do contrato”. O conteúdo desta fórmula é expresso através da seguinte sentença.

Quando se refere ao contrato, no contexto político de Hobbes, sinaliza-se para instrumentos ou dispositivos artificiais que se baseiam na transferência ou renúncia mútua de direitos, ou seja, da liberdade natural pertencente aos homens. Esta renúncia ou transferência desemboca numa limitação da liberdade que, por sua vez, é consequência direta da expressão da vontade de cada um para realizar interesses que demonstram, acima de tudo, a preservação da vida e a sua manutenção confortável e digna. Sobre isto, Hobbes se expressa do seguinte modo:

A única maneira de instituir um poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros (*Forrainers*) e das injúrias uns dos outros, garantido-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou uma assembleia de homens, a uma só vontade. (HOBBS, 1968, Cap. XVII, p. 227-228)

Esta passagem do *Leviathan* está relacionada à fórmula geral do conteúdo do contrato social e pressupõe o primeiro estágio da consecução do pacto ou acordo que cada homem estabelece consigo mesmo e pelo qual se obrigam a obedecer às ordens de “um certo homem ou conselho”, dispondo a sua própria força e todos

os seus meios a este em vista a sua proteção e segurança. Este primeiro estágio é deduzido a partir da percepção dos homens da inviabilidade e hostilidade presente no estado de natureza, resultando, assim, uma necessidade de “auxílio mútuo” como a primeira medida viável para ultrapassar o medo da morte violenta vigente no “estado de guerra”. Nestes termos, o ponto de partida da efetivação deste “auxílio mútuo” deve pressupor a vontade ou o consentimento de cada um dos homens, conforme evidencia-se a eficácia de que uma união entre eles será tanto mais possível quanto maior for o número daqueles que dirigirem as suas ações para um fim comum.

Conforme essa pressuposição, torna-se possível vislumbrar que a possibilidade do contrato em Hobbes reside, sobretudo, no consentimento ou na vontade de cada homem unir-se. O resultado dessa ação pressupõe como requisito final para a segurança daqueles que estabelecem tal união é a necessidade de um poder comum ou absoluto, por meio do qual “cada homem possa conservar a paz entre si mesmo e a unirem suas forças quando necessário contra um inimigo comum” (HOBBES, 1968, Cap. XVII, p. 224). Pois, segundo Hobbes:

O fim último [isto é] a causa final e designo dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a própria conservação e com uma vida mais satisfeita. (1968, Cap. XVII, p. 223) (Grifos nossos)

Com efeito, a forma pela qual Hobbes expressa o consentimento é aquela relacionada à possibilidade de que as “vontades de muitos” concorram para uma e a mesma ação ou efeito, ou seja, que por vontade todas as ações humanas sejam dirigidas a um mesmo fim. Não obstante, uma vez que a “vontade de muitos” seja dirigida a um fim comum, diz Hobbes: “(...) isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem como todos os homens (...)” (Cf. *Idem., Ibidem.*).

Sendo assim, a unidade expressa como uma “vontade de muitos” possibilita que a vontade de um determinado número de homens seja compreendida como a vontade de um “único homem”. Por sua vez, a vontade desse “único homem” subentende-se como a expressão da vontade de cada homem que a consentiu a agir em seu benefício. Dito isto, é possível afirmar que, segundo Hobbes, uma multidão de homens transforma-se numa “pessoa artificial” a partir do momento em que é representada consentidamente por uma assembleia ou unicamente um homem.

No entanto, a única forma de se conceber a unidade daquela multidão é mediante a sua representação constituída em uma “pessoa artificial”, pois, segundo Hobbes, é a unidade do representante e não a unidade do representado que possibilita que uma pessoa seja una (*Person one*) (HOBBES, 1968, Cap. XVI, p. 220). Nestes termos, designar um homem ou uma assembleia de homens como representante legítimo é



o mesmo que dizer que esta representação é capaz de reduzir as diversas vontades contidas na multidão em uma única vontade expressa na pessoa representante do poder soberano.

### 3. Transferência de direitos e a constituição do *Commonwealth*: Poder, soberania e liberdade

A questão relativa ao processo de autorização de ações e, conseqüentemente, a transferência de direitos e poderes de cada homem no contexto do estado de natureza são preponderantes na caracterização do que representa a instauração do Estado na teoria política de Hobbes. Conforme exposto, o contrato corresponde exatamente ao modo como Hobbes entende a “transferência mútua de direitos”. Este direito nada mais é do que a liberdade natural, assim, renunciar direitos, para o filósofo, consiste em ao mesmo tempo em renunciar a liberdade natural que por direito cada homem possui. Ora, renunciar ou transferir o seu direito e a sua liberdade natural os homens restringem ou limitam o seu “poder natural” ou a sua “potência natural” em favor da sua segurança e a preservação da vida, longe da situação insustentável do “estado de guerra”.

Disso resulta o conteúdo do contrato social concebido por Hobbes como uma transferência ou “renúncia mútua” de cada homem ao seu direito legítimo de utilizar irrestritamente o poder ou “potência natural” (*potentia naturale*) como meio de preservação do movimento natural, isto é, como meio de preservação da vida em nome de uma “entidade artificial” (*Commonwealth*) personificada no soberano.

No entanto, é preciso entender que, na verdade, é impossível a qualquer homem transferir ou renunciar realmente a sua própria força (*potentia*) para outro ou mesmo para este outro recebê-la. Sendo assim, deve-se entender que o significado de “transferência” ou “renúncia” da liberdade e do direito natural (como também a força e o “poder natural”) não é mais, para quem os transfere ou renúncia, do que se abdicar ou renunciar a seu próprio direito de resistir. Neste caso, afirmar que os homens transferem ou renunciaram sua liberdade e direitos nada mais é do que um modo intuitivo de mostrar que a parte que transferiu o seu direito se abstém dele, ou seja, se abstém voluntariamente de uma ação.

Através dessa metáfora, supõe-se que tal como a soma se constitui por suas parcelas, assim o poder comum ou absoluto é constituído pela renúncia da liberdade e do direito natural de cada homem. Então, pode-se deduzir, também, que cada homem que renunciou à sua liberdade e ao seu direito natural constitui tal poder comum ou absoluto. Em outras palavras, cada homem que renunciou tanto à sua liberdade e ao seu direito natural constitui a si próprio como possuindo um poder absoluto e soberano. Tal consideração torna-se ainda mais evidente se recorrermos à explicação hobbesiana acerca da gênese artificial do Estado. Como mencionamos anteriormente, esta gênese é deduzida por Hobbes pelos requisitos enunciados na fórmula que deduz a concepção de contrato social. Através daqueles requisitos, podemos inferir o ato

que constitui a confecção do Estado, mediante a expressão da vontade daqueles que consentiram em delegar parte dos seus poderes e direitos em favor de uma “entidade artificial” (*Commonwealth*) personificada na pessoa do soberano.

O escopo do acordo estabelecido entre os homens acaba por revelar a estreita relação entre o conteúdo do contrato e a noção de autorização. Através da exposição dessa relação, fica evidente o modo como Hobbes estabelece o intercâmbio entre autor e ator, entre representado e representante cuja expressão da “vontade do soberano” vem a ser a vontade de todos, pois, na medida em que cada homem confere a um representante comum sua própria autoridade particular, transforma esta particularidade em uma vontade comum onde “cada súdito é o autor das ações do soberano”.

### Referências bibliográficas

HAMPTON, Jean. *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge, 1986.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticalland Civil*. Ed. C. B. Macpherson. Harmondsworth: Penguin Books, 1968.

MATTOS DA SILVA, Delmo. Rawls e os Princípios da Moral Secular de Hobbes. *Revista Reflexões*, vol. 6, p. 117, 2017.





Detalhe da imagem da capa

# Peças Processuais





## Pareceres

• • •

### ANÁLISE JURÍDICA

*Reflexos, no âmbito do Ministério Público, da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e alterou, de modo provisório ou permanente, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.*

#### I. INTRODUÇÃO

1. Consultam-nos os Exmos. Srs. Presidentes do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e da Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) a respeito dos reflexos operados, no âmbito do Ministério Público, pela Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.

2. A LC nº 173/2020 veiculou o “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”, exclusivamente para o exercício financeiro de 2020. Esse Programa, conforme dispõe o seu art. 1º, foi instituído nos termos do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o que significa dizer que a sua incidência pressupõe a decretação, pelo Poder Legislativo, do estado de calamidade pública ali previsto, o qual será analisado de modo mais detido nas observações ao art. 3º.

3. A LC nº 173/2020 alterou significativamente, em alguns casos de modo provisório, em outros de maneira definitiva, a LC nº 101/2000. Considerando que este diploma normativo, nos termos do seu art. 1º, § 3º, I, a, é aplicável à generalidade dos entes federativos, incluindo o Ministério Público, esse, por certo, é um dos principais impactos do novel diploma normativo no plano institucional. Além disso, estabeleceu diversos comandos e vedações, com realce para o disposto em seu art. 8º, direcionados aos entes federativos que se enquadrem no disposto no art. 65 da LC nº 101/2000.

4. A análise a ser realizada não descerá às minúcias de um manual de gestão. Limitar-se-á, apenas, a ressaltar os pontos mais polêmicos, considerando as peculiaridades do Ministério Público Brasileiro. Acresça-se que a presente manifestação é exarada no âmbito exclusivamente associativo-institucional, em nada se confundindo com o exercício da advocacia, possibilidade, aliás, vedada aos membros do Ministério

Público. Trata-se de estudo jurídico cujo objetivo é tão somente o de subsidiar o debate a respeito da posição a ser assumida pelos distintos segmentos da Instituição em temática de tamanha relevância.

## II. PROJEÇÃO DO ALCANCE EM UMA PERSPECTIVA *LATO SENSU*

5. A LC nº 173/2020, ressalvados os preceitos que alteraram de modo definitivo a LC nº 101/2000, é especificamente direcionada, como se disse, ao exercício financeiro de 2020. Dispõe, em suas linhas gerais, sobre: (i) a suspensão do pagamento das dívidas que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios eventualmente tenham com a União; (ii) a reestruturação das operações de crédito que os Estados e os Municípios tenham contraído junto ao sistema financeiro e às instituições de crédito, o que significa dizer que possibilita o aumento do endividamento dos entes públicos; (iii) a disponibilização de recursos da União, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a serem usados em ações de enfrentamento ao Coronavírus; (iv) a dispensa da observância de diversos comandos da LC nº 101/2000, que buscam preservar o equilíbrio das contas públicas; (v) a imposição de vedações administrativas, especialmente no âmbito da gestão de pessoal, a todos os entes federativos cujo Poder Legislativo decreta calamidade pública com base no art. 65 da LC nº 101/2000.

6. Trata-se de *símile*, infraconstitucional, da Emenda Constitucional nº 106/2020, que veiculou o denominado “Orçamento de Guerra”, direcionado especificamente à União, que arrefeceu os limites ao endividamento público com a criação de um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades decorrentes do estado de calamidade reconhecido pelo Congresso Nacional (*vide* Decreto Legislativo nº 6/2020).

## III. PROJEÇÃO DO ALCANCE EM SENTIDO ESTRITO

### III.I. DOS ARTS. 1º E 2º

7. A análise dos arts. 1º e 2º indica que a técnica legislativa adotada foi a de dispensar tratamento específico às dívidas contraídas pelos entes federativos com a União, conforme o diploma normativo que embasou o seu surgimento. A partir daí, são estabelecidas regras sobre suspensão de pagamento, impedimento à execução de dívida e direcionamento dos respectivos valores pelos entes federativos que deixarem de realizar os pagamentos à União.

8. Em relação à suspensão de pagamento das dívidas dos entes federativos para com a União, desde que tenham origem nos diplomas normativos referidos no inciso I do § 1º do art. 1º da LC nº 173/2020, sua eficácia é imediata, conforme dispõe o § 2º do art. 1º. Este último preceito ainda autoriza, mas não obriga, a União a aplicar a referida suspensão aos respectivos contratos de refinanciamento.



9. O art. 2º da LC nº 173/2020 impede a execução, pela União, das garantias de diversos contratos, celebrados com os entes federativos, com base nos atos normativos ali indicados. Caso os entes federativos decidam suspender os pagamentos dessas dívidas, os valores não pagos devem ser destinados aos fins referidos nesse preceito.

### III.II. DO ART. 3º

10. Para permitir a realização das despesas públicas inicialmente não previstas para o presente exercício financeiro, já que decorrentes da pandemia, a LC nº 173/2020 ainda estabeleceu regras complementares à LC nº 101/2000, durante o estado de calamidade pública decretado com base em seu art. 65. Este último preceito, cuja redação também foi alterada pela LC nº 173/2020, estabeleceu normas específicas conforme a calamidade pública seja reconhecida (a) pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios; ou (b) pelo Congresso Nacional, em parte ou na integralidade do território nacional, e enquanto perdurar a situação.

11. Na situação (a), será suspensa a contagem dos prazos e das disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70, bem como dispensado o atingimento dos resultados fiscais e da limitação de empenho referidos no art. 9º. Todos esses preceitos, indistintamente, eram observados pelo Ministério Público.

12. O art. 9º da LC nº 101/2000 determina a limitação de empenho caso seja verificado que, ao final do bimestre, a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal. De acordo com o art. 23, se a despesa total com pessoal ultrapassar o limite de que trata o art. 20, fixado em 2% da receita corrente líquida para o Ministério Público Estadual, deverá ser promovida a sua redução nos dois quadrimestres seguintes. O art. 31 dispõe sobre a necessidade de redução da dívida consolidada (*rectius*: obrigações com amortização superior a 12 meses) de um ente da Federação, nos três quadrimestres seguintes, caso seja ultrapassado o respectivo limite ao final de um quadrimestre. O art. 70 veicula norma de transição, determinando a adequação das despesas de pessoal concernentes ao exercício anterior à entrada em vigor da LC nº 101/2000 que ultrapassassem os limites nela estabelecidos.

13. Na situação (b), também não precisará ser observado o disposto no art. 42 da LC nº 101/2000, que veda ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, preceito que inclui o Ministério Público, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

14. Cumpre ressaltar que o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020, do Presidente da República. Esta Mensagem, por sua vez, após expor os efeitos nefastos da pandemia, ressaltou, em seu penúltimo parágrafo,

que, “em atenção ao permissivo contido no art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, é importante que se utilize, excepcionalmente, da medida lá prevista, no sentido de que, reconhecida a calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto esta perdurar, a União seja dispensada do atingimento dos resultados fiscais e das limitações de empenho prevista no art. 9º da referida Lei Complementar”. A medida, portanto, foi decretada exclusivamente no âmbito da União, o que atrai a situação (a).

15. No que diz respeito às medidas complementares, que vigerão em conjunto com o regime previsto no art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, o art. 3º dispõe o seguinte:

Art. 3º Durante o estado de calamidade pública decretado para o enfrentamento da Covid-19, além da aplicação do disposto no art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, ficam afastadas e dispensadas as disposições da referida Lei Complementar e de outras leis complementares, leis, decretos, portarias e outros atos normativos que tratem:

I - das condições e vedações previstas no art. 14, no inciso II *caput* do art. 16 e no art. 17 da Lei Complementar nº 101/2000;

II - dos demais limites e das condições para a realização e o recebimento de transferências voluntárias.

§ 1º O disposto neste artigo:

I - aplicar-se-á exclusivamente aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento deste Programa ou de convênios vigentes durante o estado de calamidades; e

II - não exime seus destinatários, ainda que após o término do período de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, da observância das obrigações de transparência, controle e fiscalização referentes ao referido período, cujo atendimento será objeto de futura verificação pelos órgãos de fiscalização e controle respectivos, na forma por eles estabelecida.

§ 2º Para a assinatura dos aditivos autorizados nesta Lei Complementar, ficam dispensados os requisitos legais exigidos para a contratação com a União e a verificação dos requisitos exigidos pela Lei Complementar nº 101/2000.

16. O art. 3º, como se percebe, trata de matérias bem diversificadas, muitas afetadas prioritariamente ao Poder Executivo, a exemplo da renúncia de receitas (LC nº 173/2020, art. 3º, inc. I, c.c. LC nº 101/2000, art. 14) e da realização de transferências voluntárias (LC nº 173/2020, art. 3º, inc. II), enquanto outras afetarão a generalidade

das estruturas estatais de poder, incluindo o Ministério Público. É o que se verifica em relação à dispensa de cumprimento das normas que impõem, ao ordenador de despesa, a declaração de lastro orçamentário e financeiro para o aumento de despesa (LC nº 173/2020, art. 3º, I, c.c. LC nº 101/2020, art. 16), incluindo aquelas de caráter continuado, assim consideradas as que se estendem por período superior a dois exercícios financeiros (LC nº 173/2020, art. 3º, I, c.c. LC nº 101/2000, art. 17).

### III.III. DO ART. 4º

17. O art. 4º busca contribuir para a reestruturação financeira e orçamentária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no exercício 2020. Para tanto, possibilita a realização de aditamentos contratuais para a suspensão de pagamentos devidos a partir de operações de crédito interno e externo celebradas com o sistema financeiro e instituições multilaterais de crédito. Como o Ministério Público não realiza operações dessa natureza, não será alcançado por esse preceito.

### III.IV. DO ART. 5º

18. Quanto à disponibilização de recursos, pela União, para que os entes federativos possam fazer face às necessidades decorrentes do enfrentamento à Covid-19, os valores e os critérios para entrega desse auxílio financeiro estão descritos no art. 5º da LC nº 173/2020. Em face da própria destinação a ser atribuída a esses recursos, é apenas teórica a possibilidade de serem destinados ao Ministério Público. Caso o sejam, embora se entenda que não o serão, aplicar-se-á a regra do § 8º desse dispositivo, assim redigido:

Art. 5º. (...)

§ 8º Sem prejuízo do disposto no art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em todas as aquisições de produtos e serviços com os recursos de que trata o inciso II do *caput*, Estados e Municípios darão preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte, seja por contratação direta ou por exigência dos contratantes para subcontratação.

### III.V. DO ART. 6º

19. O art. 6º da Lei Complementar 173/2020 trata da possibilidade de securitização dos contratos de dívida dos entes federativos garantidos pela Secretaria do Tesouro Nacional, que sejam submetidos ao processo de reestruturação da dívida. Esse preceito, à evidência, não será aplicado ao Ministério Público.

### III. VI. DO ART. 7º

20. Em norte contrário ao escopo transitório da maior parte dos preceitos da Lei Complementar nº 173/2020, o seu art. 7º promoveu alterações significativas e definitivas nos arts. 21 e 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que deverão ser observadas por todas as estruturas de poder, inclusive o Ministério Público. Eis o seu teor:

21. Art. 7º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 21. É nulo de pleno direito:

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do *caput* do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal;

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando:

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV:

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória. (NR)

Art. 65 (...)

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do *caput*:

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para:

- a) contratação e aditamento de operações de crédito;
- b) concessão de garantias;
- c) contratação entre entes da Federação; e
- d) recebimento de transferências voluntárias;

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública:

I - aplicar-se-á exclusivamente:

- a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade;
- b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo;

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.

### III.VII. DO ART. 8º

22. O art. 8º da LC nº 173/2020 impôs, até 31 de dezembro de 2021, diversas proibições aos entes federativos afetados pela pandemia, o que, à evidência, inclui os respectivos Ministérios Públicos. A incidência desse preceito pressupõe a decretação, pelo Poder Legislativo, do estado de calamidade pública a que se refere o art. 65 da LC nº 101/2000, projetando-se, de modo intenso e visceral, sobre a atividade administrativa, com destaque para a gestão de pessoal.

23. Eis a redação do referido dispositivo:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do *caput* deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do *caput* não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao direito de opção assegurado na Lei nº 13.681, de 18 de junho de 2018, bem como aos respectivos atos de transposição e de enquadramento.

§ 5º O disposto no inciso VI do *caput* deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

24. A respeito desse preceito, podem ser apresentadas algumas observações direcionadas aos problemas a serem enfrentados na gestão administrativa, conforme a natureza da vedação estabelecida. Desde logo, observa-se que alguns preceitos são direcionados ao legislador, obstando a edição de leis implementando as medidas vedadas, enquanto outros são direcionados ao administrador, o que, em certas situações, resulta na vedação à aplicação de leis preexistentes.

### **III.VII.I. Conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração, salvo quando isto decorrer de sentença judicial transitada em julgado ou determinação legal anterior à calamidade pública.**

25. As duas exceções previstas no inciso I do art. 8º foram igualmente inseridas no inciso VI desse preceito.

26. Especificamente em relação à existência de lei anterior à calamidade pública assegurando o direito, observa-se que os requisitos exigidos podem ser preenchidos no curso do período de calamidade. Direitos dessa natureza, assegurados no respectivo regime jurídico, não configuram a criação de despesa obrigatória de caráter continuado, vedada pelo inciso VII do art. 8º, já que tão somente implementam despesa já prevista na legislação de regência, não criando-a; e não resultam no reajuste de despesa obrigatória em patamares superiores aos da inflação, o que atrairia a vedação do inciso VIII do art. 8º.

27. A Administração Pública, por ser regida pela concepção de juridicidade, deve realizar um controle interno de caráter contínuo, anulando ou corrigindo atos ou omissões que se distanciem desse referencial. A partir dessa premissa, conclui-se que a correção de entendimento anterior, que afrontava a juridicidade, não é propriamente uma faculdade da Administração Pública, mas um dever, ainda que daí decorra algum reflexo na contraprestação estipendial paga aos agentes públicos. Nessa situação, o aumento, se for o caso, decorrerá de "*determinação legal anterior à calamidade pública*", o qual vinha sendo obstado por um ato administrativo cuja injuridicidade foi identificada. Não será atraída, portanto, a primeira exceção mencionada, a exigência de sentença judicial transitada em julgado.



**III.VII.II. Criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa, o que não obsta a transformação dos cargos existentes.**

28. Nos termos do § 1º do art. 8º, não se aplica a medidas de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

29. Com os olhos voltados à realidade do Ministério Público Estadual, o inciso II do art. 8º, a exemplo dos incisos I e III, não impede a criação, o desmembramento, a transformação ou a elevação de entrância das Promotorias de Justiça, estruturas administrativas que, na sistemática da Lei nº 8.625/1993, congregam órgãos de execução, os Promotores de Justiça, e serviços auxiliares. A única exigência é a de que os cargos a serem utilizados nessa estrutura já existam, o que afasta o aumento de despesa, razão de ser da vedação do art. 8º.

**III.VII.III. Alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa.**

30. Em rigor lógico, trata-se de vedação direcionada ao legislador.

**III.VII.IV. Admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, à exceção de reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios e as contratações temporárias do art. 37, IX, da Constituição de 1988.**

31. Essa vedação, nos termos do § 1º do art. 8º, não se aplica às medidas de combate à calamidade pública decorrentes da pandemia de Covid-19, cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

32. O inciso IV do art. 8º, em sua primeira parte, veda a admissão de pessoal a qualquer título, o que inclui os cargos de provimento efetivo e os cargos em comissão, destinando-se os últimos, nos termos do art. 37, V, da Constituição de 1988, "*às atribuições de direção, chefia e assessoramento*". Em sua segunda parte, estabelece as exceções, permitindo apenas (a) as reposições dos cargos em comissão que não acarretem aumento de despesa; (b) as reposições decorrentes de vacância de cargos efetivos ou vitalícios; e (c) as contratações temporárias de que trata o art. 37, IX, da Constituição de 1988.

33. Uma interpretação sistemática dessas exceções permite afirmar que o aumento das despesas referido em (a) deve ser segmentado, considerando apenas o cargo em comissão a ser repostado, já que qualquer reposição dessa natureza, caso a vacância do cargo tenha ocorrido há algum tempo, acarretará naturalmente o aumento global da despesa com pessoal. Com isso, é vedado que, no momento da reposição, seja aumentada a remuneração paga ao ocupante do cargo. Caso o cargo esteja vago há muito tempo e, nesse ínterim, os valores pagos tenham sido reajustados, parece defensável, considerando a dinâmica administrativa, que essa diferença de valores seja absorvida com a não reposição dos ocupantes de outros cargos em comissão vagos, o que deve ser objeto da devida fundamentação. Essa visão global dos cargos em

comissão mostra-se razoável considerando que a LC nº 173/2020 permite a reposição da totalidade deles. De modo mais objetivo, é possível afirmar que qualquer aumento de despesas com os ocupantes de cargos em comissão deve ser justificado com uma reposição; na hipótese de serem praticados valores remuneratórios mais elevados quando da reposição, deve ser promovida a compensação com o não preenchimento ou a exoneração do ocupante de outro cargo, no mesmo valor.

34. No que diz respeito às reposições referidas em (b) e (c), não há óbice a que haja aumento de despesa. Em se tratando de cargos efetivos ou vitalícios, isto ocorrerá quando os padrões estipendiais praticados à época da vacância tiverem sido aumentados até o momento da reposição. Quanto às contratações temporárias de que trata o art. 37, IX, da Constituição de 1988, na medida em que são infensas à continuidade, o mais comum é que, quando realizadas, acarretem o aumento de despesas considerando o *status quo*.

35. Ainda em relação às situações descritas em (a), (b) e (c), é importante ressaltar, uma vez mais, que o art. 8º, IV, somente permite a *reposição*, o que significa dizer que, em se tratando de cargos que jamais foram providos, de reposição não se poderá falar. O cargo público, ademais, pode ser criado originariamente pela lei ou, em certas situações, decorrer de transformação administrativa. Neste último caso, a ocupação do cargo anterior permite que se fale em reposição do cargo transformado.

36. Mesmo que a vacância se estenda por longo lapso temporal, o só fato de o cargo já ter sido ocupado em dado momento de sua existência atrairá o conceito de reposição.

37. Ainda sob o prisma da reposição, é factível que a realidade é mais pródiga em nuances que a mais fértil imaginação humana. É possível que certas estruturas estatais de poder estejam passando por reestruturações internas, não raro transitando de uma situação de injuridicidade para outra de juridicidade, justamente no período indicado no *caput* do art. 8º. É o que se verifica, por exemplo, em relação à ruptura com um passado de uso exacerbado de estagiários, de elevado número de servidores cedidos ou de grande quantitativo de cargos comissionados. Em situações dessa natureza, caso a transição ocorra justamente no período indicado no *caput* do art. 8º, não parece minimamente plausível sustentar a necessidade de ser interrompida. Afinal, a consequência seria a manutenção da injuridicidade ou a própria interrupção da função ou serviço público desenvolvido, em franco prejuízo à coletividade. A LC nº 173/2020 há de ser interpretada em conformidade com a ordem constitucional.

38. No que concerne ao período a ser considerado para fins de avaliação do aumento, ou não, da despesa de pessoal, duas possibilidades se abrem ao intérprete: considerar a integralidade do exercício financeiro ou aplicar analogicamente a avaliação quadrimestral de que trata o art. 22 da LC nº 101/2000. O complicador da primeira opção é o de não oferecer qualquer sistemática de restabelecimento da normalidade caso o excesso seja detectado. Considerando que tanto a LC nº 173/2020 como a LC nº 101/2000 tratam de finanças públicas e encontram a sua gênese no art. 163, I, da Constituição de 1988, a opção mais adequada parece ser o estabelecimento de um diálogo entre elas.

39. O disposto no inciso IV do art. 8º da LC nº 173/2020 coexiste com as vedações do art. 21 da LC nº 101/2000, que considera nulo de pleno direito “o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20” (inc. II); “o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20” (inc. III); e “a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando: a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo” (inc. IV). Considerando que o art. 20 da LC nº 101/2000, ao qual remetem os incisos II e III, faz menção expressa ao Ministério Público, o mesmo ocorrendo com o inciso IV, não há dúvidas de que essas vedações são extensivas à Instituição. Apesar disso, não passa despercebido o disposto no inciso II do § 1º do art. 20 da LC nº 101/2000, com a redação dada pela LC nº 173/2020. De acordo com esse preceito, as restrições de que tratam os incisos II, III e IV somente são aplicáveis “aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20”. Na medida em que os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados são escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, eles serão alcançados pelas restrições? A resposta deve ser positiva. Considerando que os Chefes dos denominados “Poderes” são eleitos, quer de modo direto, quer pelos seus pares, a exceção do inciso II do § 1º do art. 20 da LC nº 101/2000 retira do seu alcance os substitutos eventuais, que não foram eleitos para o cargo, a exemplo do que se verifica com os substitutos eventuais do Presidente e do Vice-Presidente da República, referidos no art. 80 da Constituição de 1988.

40. Ainda é importante ressaltar que o inciso IV do art. 8º da LC nº 173/2020 não estabelece qualquer vedação à cessão de servidores ao Ministério Público, com ônus para o órgão de origem ou mediante ressarcimento. Assim ocorre, em primeiro lugar, porque essa cessão não pode ser equiparada à admissão de pessoal, já que remanesce o vínculo funcional com o órgão origem. Além disso, mesmo que a cessão se estenda por mais de um exercício, tendo caráter continuado, não caracteriza uma despesa obrigatória, já que não imposta por ato normativo, o que atrairia a vedação prevista no inciso VII do art. 8º.

### **III.VII.V. Realizar concurso público, à exceção das reposições de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, não havendo qualquer restrição em relação às vacâncias ocorridas em momento anterior ou durante à vigência da LC nº 173/2020.**

41. Cargos criados em momento pretérito, mas que nunca tenham sido providos são alcançados pela vedação do art. 8º, V, o que impede a realização do concurso público. No que diz respeito às situações em que haverá reposição, o concurso público

pode ser iniciado no período indicado no *caput* do art. 8º ou mesmo ter continuidade caso tenha sido iniciado em momento anterior.

42. Caso o concurso público já tenha sido homologado na data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, será suspenso o seu prazo de validade, nos termos do art. 10 da LC nº 173/2020, até o término da vigência do estado de calamidade pública estabelecido pela União.

**III.VII.VI. Criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, à exceção do cumprimento de sentença judicial transitada em julgado.**

43. Trata-se de desdobramento do inciso I do art. 8º. A relação entre ambos é de acessório e principal.

44. Essa vedação, nos termos do § 5º do art. 8º, não se aplica a medidas de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

**III.VII.VII. Criar despesa obrigatória de caráter continuado.**

45. Despesa obrigatória de caráter continuado, em conformidade como art. 8º, § 2º, I, da LC nº 173/2020 e do art. 17, *caput*, da LC nº 101/2000, é a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que estabeleçam a obrigação legal de sua execução por período superior a dois exercícios financeiros.

46. Essa vedação, nos termos do § 1º do art. 8º, não se aplica a medidas de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração. De acordo com o § 2º do mesmo preceito, também não se aplica se houver prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa.

**III.VII.VIII. Reajustar despesa obrigatória em patamar superior ao IPCA, ressaltando-se que a possibilidade de reajuste não alcança as despesas com pessoal, disciplinadas que são por outros incisos do preceito.**

47. A vedação, nos termos do § 1º do art. 8º, não se aplica a medidas de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

**III.VII.IX. A contagem do período compreendido entre a publicação da Lei Complementar nº 173/2020 e 31 de dezembro de 2021 como período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.**

48. O art. 8º, IX, estabelece vedações à integração de direitos estatutários que se aperfeiçoam com o só decurso do tempo. Um dos direitos ali mencionados, a licença-prêmio, não tem qualquer correlação com o alegado aumento de despesa. No âmbito da União, tem-se a “licença para capacitação”. O objetivo, puro e simples, é o de impor um sacrifício, restringindo o direito estatutário por puro capricho, já que a fruição de licenças dessa natureza não resulta na contratação de pessoal, não gerando, portanto, aumento de despesa. Esse ato emulativo, à evidência, tem vítima única, a licença-prêmio, não se estendendo às demais licenças previstas em lei, que não acarretam aumento de despesa. Todos os demais atos afetos à rotina administrativa, influenciados pelo decurso do tempo, a exemplo da declaração de estabilidade ou de vitaliciedade, têm o seu trâmite e higidez preservados, o que, inclusive, decorre do disposto na última parte do inciso IX do art. 8º.

49. Ainda no plano das exclusões, há menção expressa à contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Aliás, sequer poderia ser diferente, pois estamos perante direito social de estatura constitucional. Por identidade de razões, apesar da ausência de referência ao abono de permanência, também ele pode ser regularmente integralizado no curso do período a que se refere o inciso IX do art. 8º. Assim ocorre, em primeiro lugar, por ter estatura constitucional, estando previsto no art. 40, § 19, da Constituição de 1988, que transfere a cada ente federativo que conte com regime próprio de previdência social a possibilidade de instituí-lo, ou não. Como derivação dessa disciplina constitucional, não poderia a União, *manu militari*, absorver a integralidade dessa competência legislativa. Por fim, o direito ao abono de permanência surge justamente a partir do preenchimento dos requisitos exigidos para a aposentadoria, sendo este último direito social expressamente excepcionado.

50. No que diz respeito aos direitos estatutários que acarretam o aumento de despesa com pessoal a partir do fluir do tempo, a configuração desse aumento, nos termos do art. 8º, IX, deve ser identificado desconSIDERADOS acréscimos de outra natureza, reduções ou possíveis compensações.

51. Considerando os termos da parte inicial do inciso IX do art. 8º, que veda a própria *contagem* do lapso temporal ali referido para os fins que indica, ter-se-á a perda do direito, não a sua postergação para fruição posterior. Não é possível, portanto, que o período aquisitivo de qualquer dos direitos estatutários ali previstos seja integralizado após a publicação da LC nº 173/2020, até 31 de dezembro de 2021. Há pura e simples suspensão durante todo esse lapso temporal, não podendo ser computado um dia sequer desse período para a integralização do direito. Por outro lado, direitos cujos requisitos já tenham sido preenchidos em momento anterior, ainda que não tenham sido implementados, são alcançados pela garantia do direito adquirido. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, RE nº 392.559/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/02/2006, DJ de 03/03/2006; e Pleno, ADI nº 3.104/DF, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 26/09/2007, DJ de 09/11/2007. Não há óbice, igualmente, para a averbação de tempo de serviço anterior ao período de suspensão, ainda que a decisão administrativa seja proferida no seu curso.

52. No que diz respeito ao período a ser considerado para fins de avaliação do aumento, ou não, da despesa de pessoal por conta da possível prática dos atos vedados no inciso IX do art. 8º da LC nº 173/2020, também aqui, a exemplo do que foi dito em relação ao inciso IV do art. 8º, duas possibilidades se abrem ao intérprete: considerar a integralidade do exercício financeiro ou aplicar analogicamente a avaliação quadrimestral de que trata o art. 22 da LC nº 101/2000. O complicador da primeira opção é o de não oferecer qualquer sistemática de restabelecimento da normalidade caso o excesso seja detectado. Considerando que tanto a LC nº 173/2020 como a LC nº 101/2000 tratam de finanças públicas e encontram a sua gênese no art. 163, I, da Constituição de 1988, a opção mais adequada parece ser, também aqui, o estabelecimento de um diálogo entre elas.

53. Em razão dessa vedação, fica evidente que a progressão funcional na carreira dos servidores da Instituição, que leve em consideração apenas o critério de antiguidade, não mais será automática. Por outro lado, caso seja agregado outro fator à antiguidade, a exemplo da frequência a cursos de aperfeiçoamento ou das avaliações de desempenho, o óbice será removido. No que diz respeito aos membros do Ministério Público, como a antiguidade é apenas o critério utilizado no concurso de promoção, não resultando, por si só, em aumento de despesa, não haverá óbice à realização desses concursos.

**III.VII.X. O § 3º do art. 8º permitiu que, mesmo após 31 de dezembro de 2021, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CR/1988, art. 165), contenham dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas no art. 8º da LC nº 173/2020, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.**

54. De acordo com o § 3º do art. 8º, *“a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo”*. Esse preceito permitiu que as vedações temporalmente delimitadas, estatuídas no art. 8º, pudessem continuar a vigor mesmo após o período referido no *caput* desse preceito, bastando que fossem previstas nas leis orçamentárias. Para que não haja dúvidas em relação ao objetivo almejado, a parte final do preceito determinou que os respectivos efeitos *“somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade”*. Essa natureza prospectiva permite que as vedações sejam estendidas para além do período de pandemia.

### **III.VII.XI. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º**

55. Compreendidos os lineamentos básicos do art. 8º da LC nº 173/2020 e o seu potencial alcance, cumpre tecer algumas considerações a respeito de sua inconstitucionalidade. Esse vício, aliás, mostra-se tão acentuado que tangencia a linha imaginária do inusitado.

56. Observa-se, inicialmente, que passou despercebido aos mentores intelectuais da Lei Complementar nº 173/2020, a qual se arvorou no papel de criadora de um regime jurídico nacional, que a ordem constitucional consagra inúmeras situações em que a iniciativa legislativa nessa seara é privativa. É o que se verifica, por exemplo, em relação (a) aos servidores públicos federais, estaduais e municipais em geral (CR/1988, art. 61, § 1º, II, c, c.c. arts. 25, *caput*, e 29, *caput*), lembrando, em relação aos primeiros, que o projeto que deu origem à LC nº 173/2020 é de iniciativa parlamentar (PLC nº 39/2020, de autoria do Senador Antônio Anastasia); (b) aos integrantes do Poder Judiciário (CR/1988, arts. 93 e 96); (c) aos membros do Ministério Público (CR/1988, arts. 127, § 2º, e 128, § 5º); e (d) aos membros da Defensoria Pública (CR/1988, art. 134, § 4º). É evidente, portanto, a inconstitucionalidade formal.

57. No plano material, merece destaque que o art. 8º da LC nº 173/2020, embora tenha um teor bem semelhante ao do art. 8º da Lei Complementar nº 159/2017, que instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, produz efeitos substancialmente distintos, além de ter muito maior amplitude, falando por si o seu inciso IX.

58. O art. 8º da LC nº 173/2020 alcança não só a União, o que seria natural, considerando ser ela a autora desse diploma normativo, como também a generalidade dos entes federativos cujo Poder Legislativo decretou a calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19. A anormalidade está justamente neste último aspecto, já que estamos perante comandos normativos afetos às atividades administrativa e legislativa, com realce para a gestão de pessoal, o que fere de morte a autonomia política desses entes (CR/1988, arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*), sem olvidar a autonomia das próprias estruturas estatais de poder e instituições constitucionalmente autônomas, a exemplo do Ministério Público. O paralelo com o art. 8º da LC nº 159/2017 é útil por uma razão muito simples: neste caso, as restrições incidem caso o ente federativo decida aderir ao Regime de Recuperação Fiscal. Em outras palavras, a decisão, em primeiro e último plano, é sua, não sendo possível que a adesão e as restrições que traz consigo lhe sejam impostas. O mesmo vício, aliás, alcança o disposto no art. 10 da LC nº 173/2020, que determina a suspensão do prazo de validade dos concursos públicos, com abstração do juízo de valor da estrutura de poder que o organizou.

59. Ainda sob a ótica material, o art. 8º escolheu, entre todos os setores econômicos e categorias produtivas, um responsável pelo desequilíbrio das contas públicas que advirá da pandemia de Covid-19. Trata-se do servidor público, que deve continuar a bem exercer suas funções, observando estritamente os princípios regentes da atividade estatal, com realce para a eficiência, e ter os seus direitos estatutários restringidos. Uma escolha arbitrária como essa, desacompanhada de qualquer dado empírico que possa justificar o tratamento diferenciado, fere de morte a isonomia (CR/1988, art. 5º, *caput*).

60. O inciso I do art. 8º, ao vedar, de modo genérico e peremptório, a concessão, a qualquer título, de “vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração”, fez tábula rasa ao direito à revisão geral anual, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Pleno,

ADI nº 2.481/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 19/12/2001, DJ de 22/03/2002; e ADI nº 2.492-2, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 19/12/2001, DJ de 06/02/2002), expressamente assegurada pela ordem constitucional (CR/1988, 37, X).

61. Especificamente em relação ao inciso IX do art. 8º, os vícios de inconstitucionalidade são ainda mais acentuados. De acordo com esse preceito, é vedado contar o período compreendido entre a publicação da LC nº 173/2020 e 31 de dezembro de 2021 como *“de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço (...)”*. Além do vício de iniciativa e da afronta à isonomia, que alcançam a integralidade do preceito, chega a ser enigmático identificar a razão de ser vedada a contagem do referido tempo para fins de aquisição da “licença-prêmio”. Como esse direito, assegurado em inúmeros regimes jurídicos, não gera aumento de despesa, qual é a justificativa para uma restrição dessa natureza, violência gratuita que somente ombréia com a insensatez de sua existência? Trata-se, aqui, de afronta manifesta à proporcionalidade, ínsita na concepção de Estado de Direito (CR/1988, art. 1º, *caput*), e à razoabilidade, inerente ao princípio do devido processo legal em sua dimensão substantiva (CR/1988, art. 5º, LIV). Assim se afirma pela singela razão de a restrição imposta à esfera jurídica individual não ser adequada ao fim expressamente almejado, qual seja, o de evitar o aumento da despesa pública. Afinal, despesa não há.

62. Além dos vícios formais e materiais que acometem o art. 8º da LC nº 173/2020, o seu § 3º abriu as portas para a sua perpetuação ao permitir que as vedações continuem a ser previstas, após o fim da pandemia, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentárias de cada ente federativo. Em um lance de tinta, matérias inerentes aos regimes jurídicos de diversas categorias, muitos deles veiculados em leis nacionais, foram transferidas para a discussão orçamentária. Na medida em que a funcionalidade do § 3º do art. 8º é a de protrair no tempo as vedações veiculadas nesse preceito, os vícios anteriormente referidos também o alcançam. Não bastasse isto, transfere para a lei orçamentária matéria estranha à previsão da receita e à fixação da receita, sendo, também por isso, materialmente inconstitucional (CR/1988, art. 165, § 8º).

### III.VIII. DO ART. 9º

63. O art. 9º da LC nº 173/2020 é direcionado aos Municípios, suspendendo, na forma do regulamento, os pagamentos de refinanciamentos de suas dívidas com a Previdência Social, com vencimento entre 1º de março e 31 de dezembro de 2020. A mesma suspensão, nos termos do § 2º desse preceito, é extensiva à contribuição previdenciária patronal devida aos respectivos regimes próprios.

### III.IX. DO ART. 10

64. O art. 10 determina ainda que os prazos de validade dos concursos públicos homologados até 20 de março de 2020 ficam suspensos até 31 de dezembro de



2020; voltando a fluir a partir do término do período de calamidade pública (§ 2º). Essa suspensão tem a sua *ratio* vinculada tanto à vedação de preenchimento dos cargos públicos fora das hipóteses do art. 8º, como à possível ausência de recursos disponíveis para fazer face às nomeações, isso em razão do estrangulamento da economia causado pela pandemia.

65. As dificuldades de ordem financeira, aliás, podem justificar a não nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital. Trata-se de exceção que pode ser invocada mesmo após a sedimentação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que “[a] aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo”. (Pleno, RE nº 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10/08/2011, DJ de 03/10/2011)

66. É importante ressaltar que a Constituição de 1988, em seu art. 37, III, dispõe que o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. Apesar de estarmos perante uma situação de anormalidade, não identificamos justificativa para que esse período não seja computado no quadriênio constitucional. Vale lembrar que o prazo de validade máximo é de dois anos e a prorrogação é mera faculdade, indicativo de que o concurso público é tido como um processo seletivo a ser periodicamente renovado.

67. Exige-se, ainda, na forma do § 3º do art. 8º, a publicação, pelos organizadores dos concursos, nos veículos oficiais, da comunicação da referida suspensão. Essa exigência, por certo, aplica-se ao Ministério Público.

#### IV. EPÍLOGO

68. As considerações realizadas são subsidiadas pelas regras de experiência e pelo potencial expansivo dos enunciados linguísticos utilizados pela LC nº 173/2020, sendo factível que as nuances da realidade tendem a descortinar novos horizontes a serem enfrentados.

69. *É a análise, s.m.j.*

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2020.

EMERSON GARCIA



# PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19/MPRJ

Origem: Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19

## PARECER

Consulta formulada pela Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a respeito dos Itens nos 1 e 2 da Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19, que deverá ser encaminhada à Governadoria do Estado do Rio de Janeiro e Prefeitura do Município do Rio de Janeiro. *Primo ictu oculi*, a recomendação a ser expedida pela FTCOVID-19, especialmente os seus Itens nos 1 e 2, está em harmonia com as normas veiculadas pelo art. 27, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e arts. 34, inc. IX, e 38, inc. II, *in fine*, da Lei Complementar estadual nº 106, de 03 de janeiro de 2003, que conferem ao *Parquet* fluminense a atribuição para expedição de recomendações aos poderes estaduais e municipais, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito, com vistas à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover. Parecer que se dirige no sentido do arquivamento dos autos do procedimento administrativo, com a remessa de correio eletrônico, em caráter de urgência, à Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, instruído com cópia digitalizada do presente opinamento, para a adoção das providências que se lhe afigurarem convenientes e oportunas.

Excelentíssima Senhora Doutora Subprocuradora-Geral  
de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais,

Trata-se de procedimento administrativo instaurado a partir de correio eletrônico enviado pela FTCOVID19 – Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, do Ministério Público

do Estado do Rio de Janeiro, por meio do qual o Exmo. Sr. Dr. Tiago Gonçalves Veras Gomes formula consulta à Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível a respeito dos Itens 1 e 2 da Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19/MPRJ, que, na data de hoje, deverá ser encaminhada à Governadoria do Estado do Rio de Janeiro e, bem assim, à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro.

Correio eletrônico remetido pela Chefia da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível, por intermédio do qual a Exma. Sra. Dra. Patrícia Leite Carvão solicita, em caráter de urgência, pronunciamento do ora Subscritor acerca do objeto da consulta trazida à cognição da Chefia Institucional.

É o relatório, como preceituam o art. 43, inc. III, da Lei nº 8.625/93 e art. 118, inc. III, da Lei Complementar estadual nº 106/03.

*Primo ictu oculi*, a recomendação a ser expedida pela Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, especialmente os seus Itens 1 e 2, está em harmonia com as normas veiculadas pelo art. 27, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e arts. 34, inc. IX, e 38, inc. II, *in fine*, da Lei Complementar estadual nº 106, de 03 de janeiro de 2003, que conferem ao *Parquet* a atribuição para expedição de recomendações aos poderes estaduais e municipais, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito, com vistas à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover.

Analisar-se-ão os Itens 1 e 2 da Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19/MPRJ, pois, sob triplo aspecto: procedimento, competência e conteúdo.

## 1. PROCEDIMENTO

A implementação de medidas de restrição à circulação de pessoas, prestação de serviços e desempenho de atividades econômicas em decorrência da pandemia do novo Coronavírus – SARS-CoV-2, inclusive a proibição, de forma absoluta, de toda e qualquer atividade não essencial à manutenção da vida e da saúde e da circulação de pessoas e veículos particulares, exceto para atividades de segurança, manutenção da vida e da saúde, obtenção de auxílio emergencial ou benefícios similares, aquisição e abastecimento de gêneros alimentícios, de higiene pessoal e medicamentos, no itinerário casa-trabalho de serviços considerados como essenciais e para a entrega de mercadorias em domicílio, decorre, direta e naturalmente, do *poder de polícia sanitária*, de que estão investidos os Estados e Municípios e, por via de consequência, do atributo da autoexecutoriedade que o caracteriza.

Com efeito, quanto à extensão dos poderes da polícia administrativa sanitária, destacadamente a polícia higiênica, Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto deixaram consignado que:

A polícia sanitária dispõe de um elástico muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade. Por essa razão, o Poder Público dispõe de largo espectro de discricionarismo na escolha e imposição das limitações de higiene e segurança, em defesa da população.<sup>1</sup>

Polícia sanitária – é o setor administrativo que visa à defesa da saúde humana, coletivamente considerada. Para tanto, desdobra-se em vários subsetores: (i) *polícia higiênica*, (ii) polícia bromatológica, (iii) polícia médico-farmacêutica e (iv) polícia zoofitosanitária (...). A polícia higiênica se faz sentir no *controle das moléstias infectocontagiosas*, na obrigatoriedade de vacinação, no *combate às epidemias*, na *erradicação das endemias*, no regime de disposição das águas servidas, do lixo, dos dejetos e do cadáver humano e no controle do abastecimento de água às populações.<sup>2</sup>

Dentro dessa perspectiva, parece-me que a expedição de decreto executivo, estadual ou municipal, tal qual recomendada pela Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, seja, de fato, a modelagem adequada para a implementação das medidas alvitadas pelo Ministério Público fluminense.

À evidência, a recomendação sob exame não veicula a pretensão de decretação, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, de estado de defesa ou estado de sítio, cuja competência seria exclusiva do Presidente da República, com aprovação ou autorização do Congresso Nacional, de acordo com os arts. 49, inc. IV, e 84, inc. IX. Por não se confundirem o estado de defesa e estado de sítio, de um lado, e o *lockdown*, de outro, entre as medidas recomendadas pelo *Parquet* estadual, ao fim e ao cabo, não se incluem as providências sobre as quais versam os arts. 136, §1º, inc. I e II, e 139, incs. I a VII, todos da Constituição da República.

## 2. COMPETÊNCIA

Igualmente, a adoção do confinamento, como prática de enfrentamento à COVID-19, está inserida na esfera de *competência, comum ou concorrente*, de Estados e Municípios para o cuidado, defesa e proteção da saúde de que tratam os arts. 23, inc. II, 24, inc. XII, e 30, inc. II, da Constituição da República, não me parecendo, portanto,

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 451 (grifado).

que, em caso de atendimento à recomendação, o Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro disporão de matéria que lhes seja alheia.

Nessa ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal houve por bem reconhecer a competência de Estados e Municípios para a prática de atos, administrativos e legislativos, que se lhes afigurarem necessários à prevenção e repressão à contaminação da população pelo novo Coronavírus – SARS-CoV-2, com a cooperação técnica e financeira da União, *exempli gratia*:

Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do art. 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente, nos termos do art. 24, inc. XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do art. 30, inc. II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei nº 8.080/90), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/90). Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do,<sup>3</sup>

tendo, no dia de ontem, o Tribunal publicado decisão que ratifica a competência de Estados e Municípios para a prática de atos, administrativos e legislativos, no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19, *in verbis*:

Reclamação constitucional. Coronavírus. COVID-19. ADI nº 6.341 – MC. Medida Provisória nº 926/2020. Providências normativas

<sup>3</sup> STF, ADPF nº 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 08.04.2020, DJU 15.04.2020.

e administrativas. Distribuição de competências entre os entes federados. Competência comum. Art. 23, inc. II, da CF. Não afronta. Súmula Vinculante nº 38. Ausência de aderência estrita. Impossibilidade de utilizar reclamação como sucedâneo recursal. Reclamação a que se nega seguimento.<sup>4</sup>

### 3. CONTEÚDO

Por último, considerando que “o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo a pessoa soberana na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo”<sup>5</sup>, e, bem assim, considerando que, em decorrência da relatividade dos direitos fundamentais, as restrições aos direitos de liberdade de locomoção e profissional devem se amoldar ao *princípio da proporcionalidade*, os meios escolhidos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a meu ver, diante da gravidade da situação de pandemia sanitária, são adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para a consecução das finalidades colimadas pela sociedade fluminense.

A *adequação ou idoneidade (Geeignetheit)* é demonstrada pela correlação lógica entre meios e fins, de maneira que, tendo em vista determinados motivos, devem ser providos meios, para a consecução de certos fins.

A *necessidade ou exigibilidade (Erforderlichkeit)* é demonstrada pela inexistência de meios menos gravosos para a obtenção dos fins pretendidos.

A *proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)* é exteriorizada pela ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido.<sup>6</sup>

Ao contrário, a adoção de providência de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus–SARS-CoV-2–diversa do *lockdown* a que se referem os estudos técnicos da Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz, UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFF – Universidade Federal Fluminense e SIERJ – Sociedade de Infectologia do Rio de Janeiro, que fundamentam os Itens 1 e 2 da Recomendação nº 27/2020 – FTCOVID-19/MPRJ, poderia importar em vulneração da *proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)*, ou seja, atributo do princípio da proporcionalidade que exige do Estado dever de proteger, mínima e eficientemente, direitos fundamentais pela oferta de condições necessárias ao exercício pelos respectivos titulares,<sup>7</sup> e consequente declaração de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, da medida que porventura venha a ser implementada, ou não, pelo Estado do Rio de Janeiro ou Município do Rio de Janeiro.

<sup>4</sup> STF, Rcl nº 40.366, Rel.ª Min.ª Rosa Weber, J. 08.05.2020, DJU 12.05.2020.

<sup>5</sup> RIPERT, George. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 233.

<sup>6</sup> SURHONE, Lambert; TIMPLEDON, Miriam; MARSEKEN, Susan. *Abwägungsausfall: Verwaltungsrecht, Planungsrecht, Bundesverwaltungsgericht, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Bauplanungsrecht, Felix Weyreuther, Ermessensfehlerlehre*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2010, p. 42.

<sup>7</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrecht und Privatrecht: eine Zwischenbilanz; stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft*. Berlim: de Gruyter, 1999, p. 83; DIETLEIN, Johannes. Das Untermaßverbot. *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1995, p. 131-141, e HAIN, Karl Eberhard. Das Untermaßverbot in der Kontroverse. *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1996, p. 75.

*Ex positis*, o parecer se direciona no sentido do arquivamento dos autos do procedimento administrativo, com a remessa de correio eletrônico, em caráter de urgência, à Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, instruído com cópia digitalizada do presente opinamento, para a realização das providências que se lhe afigurarem convenientes e oportunas.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2020, às 15h30min

**GUILHERME PEÑA DE MORAES**

Promotor de Justiça  
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

**PATRÍCIA LEITE CARVÃO**

Procuradora de Justiça  
Assessora-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo. Remeta-se correio eletrônico, com urgência, à Força Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à COVID-19, instruído com cópia digitalizada do parecer. Arquive-se. Publique-se.

**KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL**

Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais



# PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais**

**Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível**

MPRJ: nº 2012.00100662

Assunto: Conflito Negativo de Atribuição em Matéria Cível

Suscitante: 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé

Suscitado: 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital

## PARECER DA ASSESSORIA

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO EM MATÉRIA CÍVEL suscitado pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé em face da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, a respeito da atribuição para atuar em procedimento investigatório afeto às possíveis irregularidades nas condições de segurança em estádio desportivo no Município de Macaé. Criação pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais – CNPG de uma Comissão Permanente de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de futebol cujo objetivo é debater Estratégias para a elaboração de propostas sobre questões relativas à segurança das instalações físicas e a redução da violência nos estádios de futebol. Adesão do MPRJ com vistas a uma atuação ministerial uniforme e padronizada em todo território nacional. Iniciativa espontânea do órgão suscitado em se engajar no projeto tornando-se depositário natural da atuação ministerial nessa seara, motivo que o levou a instaurar este procedimento. Atribuição concorrente com o órgão suscitante em razão do disposto a Resolução GPGJ nº 1.173/03 e nos arts. 93, II, da Lei nº 8.078/90 e 21 da Lei nº 7.347/85. Concordância dos órgãos de execução com atribuição concorrente para que o suscitado atuasse com exclusividade, por força de sua especialização de fato na matéria. Inexistência de ferimento ao princípio do promotor natural. Investigação desenvolvida há mais de cinco anos que habilita o órgão suscitado como o melhor qualificado para prosseguir à frente deste feito. Parecer pelo conhecimento e pela procedência do conflito, para declarar a atribuição da 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Excelentíssimo Sr. Dr. Subprocurador-Geral de Justiça,

Trata-se de conflito negativo de atribuição, onde figura como órgão suscitante a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé e como órgão suscitado a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, a respeito da atribuição para atuar em procedimento investigatório que visa aferir as condições de segurança para funcionamento do Estádio Municipal Cláudio Moacyr de Azevedo, localizado no Município de Macaé – Rio de Janeiro, na forma do que prevê o art. 23, *caput*, da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor).

O órgão suscitado esclarece que eventuais problemas ou danos ocorridos no estádio se limitam à localidade de Macaé e, portanto, entende recomendável que as investigações sejam levadas a efeito naquela localidade. (fls. 609)

Contrapondo-se, o órgão suscitante responde às fls. 611-613 afirmando ser atribuição do suscitado por duas razões principais: *primeira*, porque a presente investigação foi deflagrada pelo órgão suscitado, em que pese a localização do Estádio, consoante os termos da reunião realizada com a Comissão Permanente de Combate à Violência no Futebol, onde restou acordado que um único Promotor de Justiça deveria aferir as condições de funcionamento de estádios de futebol em que são realizadas competições nacionais e regionais; *segunda*, porque o órgão suscitado, que já investigava os mesmos fatos nos autos do procedimento nº 2008.00217005, teria recebido solicitação verbal para que os encaminhasse para o suscitado, o qual estaria com a sua atribuição firmada para o caso, tendo o referido inquérito sido ali arquivado ao argumento de que se referia aos mesmos fatos objeto deste procedimento.

*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<sup>1</sup>.

A questão levantada observou a forma e o prazo previstos no art. 5º, § Único da Resolução GPGJ nº 1769/2012<sup>2</sup>, sendo da competência do PGJ dar solução ao impasse consoante disposto nos arts. 10, X da Lei nº 8625/1993<sup>3</sup> e 11, XVI da Lei complementar nº 106/2003 do ERJ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> GARCIA, Emerson. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....  
X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito;

<sup>4</sup> Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....  
XVI - dirimir conflitos de atribuições, determinando quem deva officiar no feito;

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.

## 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 Dinamarco<sup>5</sup> e Athos Gusmão Carneiro<sup>6</sup>.

No presente caso concreto, discute-se a atribuição para atuar em procedimento investigatório que visa aferir as condições de segurança para o funcionamento do Estádio Municipal Cláudio Moacyr de Azevedo, localizado no Município de Macaé – Rio de Janeiro, na forma do que prevê o art. 23, *caput*, e §1º da Lei nº 10.671/2003<sup>7</sup> (Estatuto do Torcedor), regulamentado pelo Decreto nº 6795/2009<sup>8</sup>.

Em linha de princípio, e à vista do objeto delimitado, a atribuição para atuar neste procedimento deveria ser naturalmente da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé, órgão suscitante, em razão do disposto no art. 2º, *caput*, I, ajustado ao 4º, V, ambos da Resolução GPGJ nº 1.173/03<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250-252.

<sup>6</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

<sup>7</sup> Art. 23. A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição.

§1º Os laudos atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança.

<sup>8</sup> DECRETO Nº 6.795, DE 16 DE MARÇO DE 2009.

Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 23 da Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, no que concerne ao controle das condições sanitárias e de segurança dos estádios a serem utilizados em competições desportivas.

Art. 2º A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados.

§1º Os laudos técnicos, que atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança, serão os seguintes:

I - laudo de segurança;

II - laudo de vistoria de engenharia;

III - laudo de prevenção e combate de incêndio; e

IV - laudo de condições sanitárias e de higiene.

§2º Na hipótese de o estádio ser considerado excepcional por seu vulto, complexidade ou antecedentes ou sempre que indicado no laudo de vistoria de engenharia, será exigida a apresentação de laudo de estabilidade estrutural, na forma estabelecida pelo Ministério do Esporte.

§3º O Ministério do Esporte estabelecerá, em até cento e vinte dias a partir da vigência deste Decreto, os requisitos mínimos que deverão ser contemplados nos laudos técnicos previstos nos §§ 1º e 2º e indicará as autoridades competentes para emití-los.

<sup>9</sup> Art. 2º - Incumbe às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, com atribuição nas áreas territoriais correspondentes aos Núcleos definidos no art. 4º, além do disposto na legislação específica:

I – promover a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos interesses afetos à cidadania e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no âmbito judicial e no extrajudicial;

Entretanto, para um melhor posicionamento da questão, imperioso é que sejam efetuados esclarecimentos preliminares.

O objeto deste procedimento diz respeito à violência nos estádios de futebol, tema que vem sendo discutido nos âmbitos estadual e nacional.

Em razão disso, entre outras medidas de caráter preventivo, foi criada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais – CNPG em 2006, a Comissão Permanente de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de futebol<sup>10</sup> que tem por objetivo debater estratégias e elaborar propostas sobre questões como a segurança das instalações físicas e a redução da violência nos estádios de futebol. A iniciativa, que conta com a participação da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, busca uma *atuação ministerial uniforme e padronizada em todo território nacional*, e conta com a adesão dos Ministérios Públicos Estaduais, sendo o MPRJ um dos signatários, o qual atua em harmonia com a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro – FERJ.

Isso considerado, pode-se afirmar que essas ações constituem medidas de política institucional adotadas pela chefia do *Parquet* fluminense.

Nesse contexto, no ano de 2010, o órgão suscitado, na época representado pelo Promotor de Justiça PEDRO RUBIM BORGES FORTES tomou a iniciativa de se engajar espontaneamente no projeto. Assim é que participou da reunião realizada por aquela comissão em 29/07/2010 na cidade de Brasília, oportunidade em que *ficou estabelecido que, para maior eficácia das metas, a atuação deveria ser concentrada num só órgão de execução para que fosse efetuada uma análise uniforme dos laudos exigidos legalmente*<sup>11</sup>, os quais são elaborados com vistas a se aferirem as condições de funcionamento dos estádios nas competições nacionais (Brasileirão e Copa do Brasil) e regionais (estaduais).

---

Art. 4º - As Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva são instaladas em 15 (quinze) Núcleos, nas sedes dos seguintes municípios:

V – “Núcleo Macaé”, sediado em Macaé, atendendo a este Município e aos de Rio das Ostras, Carapebus, Quissamã e Casimiro de Abreu.

<sup>10</sup> O Grupo Permanente de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios foi criado por decisão da plenária do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União), no ano de 2006, em reunião ocorrida na cidade do Rio de Janeiro.

A sua criação ocorreu em razão de uma visita do então Presidente da CBF ao CNPG, em reunião na cidade de Florianópolis (SC). Naquela oportunidade, foi solicitada a intervenção do Ministério Público, com o intuito de formação de um grupo que atuasse na prevenção e combate à violência, tendo em vista a escalada de ocorrências nos estádios, o que prejudicava os direitos dos torcedores partícipes. Além disso, restou deliberado que este grupo deveria propor ações pragmáticas, para que as diretrizes previstas no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) fossem implementadas.

Após diversas reuniões, na data de 31 de agosto do ano de 2007, como fruto do trabalho desenvolvido pelo Grupo, foi formalizado entre o CNPG e a CBF um Protocolo de Intenções. Este documento foi assinado por todos os Procuradores-Gerais de Justiça, então integrantes do CNPG, e possui como objetivo a adoção de ações conjuntas, com vistas a prevenir e combater a violência nos estádios, tais como: (i) a instalação do JECrim (Juizados Especiais Criminais) dentro dos estádios; (ii) cadastramento dos membros de torcidas organizadas; (iii) instalação de câmeras de monitoramento, dentre outras medidas. (Consultar: <http://www.cnpg.org.br/index.php/prevencao-e-combate-a-violencia-nos-estadios/3327-historico>)

<sup>11</sup> Em especial aqueles referidos na Portaria nº 290/2015 do Ministério do Esporte.

Investindo nesse campo, em 25/01/2011, o órgão suscitado participou, na condição de interveniente, do Termo de Cooperação Técnica celebrado entre o MPRJ – devidamente representado pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. CLÁUDIO SOARES LOPES – e o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro – CREA, cujo objetivo é o de assessoramento para a verificação da conformidade dos laudos de vistoria de engenharia e estabilidade estrutural quanto ao cumprimento das normas fixadas pelo Ministério dos Esportes (fls. 176-178).

Embora não exista dentro do âmbito ministerial atribuição específica (tampouco exclusiva) para atuar nessa área<sup>12</sup>, a 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital se tornou depositária natural da atuação ministerial no âmbito da violência nos estádios de futebol, e tem se notabilizado por suas reiteradas intervenções, fato público e notório<sup>13</sup>.

Assim é que, em 29/02/2012, através da Portaria nº 032/2012, instaurou o presente procedimento, IC nº 181/2012, emoldurando a investigação a ser desenvolvida e delineando sua atribuição mediante expressa alusão ao “entendimento conjunto firmado durante reunião da Comissão Permanente de Prevenção e Combate à Violência no Futebol, realizada no dia 29/07/2010 em Brasília”(fl. 02).

Ainda segundo a portaria epigrafada, a medida tem por escopo concentrar a atuação num só órgão de execução para que ocorra uma “análise uniforme dos laudos exigidos legalmente”, os quais serão elaborados com vistas a se aferirem as condições de funcionamento dos estádios nas competições nacionais (Brasileirão e Copa do Brasil) e regionais (estaduais).

Diante desse quadro, a primeira indagação a ser superada diz respeito à possibilidade, ou não, de que o órgão suscitado atue no presente caso, já que sua esfera de ação está circunscrita à capital<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Atuação preventiva nas questões relativas à violência nos estádios de futebol, mas apenas a genérica atinente às questões consumeristas.

<sup>13</sup> ACP onde foi concedida liminar decretando a suspensão da venda de bebidas alcoólicas em competições esportivas coordenadas pela Federação de Futebol do Estado (Ferj); ação conjunta entre o MP do Rio e o de Santa Catarina no caso da briga generalizada que deixou quatro torcedores internados após ficarem feridos durante a partida entre Atlético Paranaense e Vasco, na Arena Joinville, culminando nas restrições impostas à torcida organizada Força Jovem do Vasco nos estádios;

<sup>14</sup> Resolução GPGJ nº 1.173/03:

Art. 2º - Incumbe às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, com atribuição nas áreas territoriais correspondentes aos Núcleos definidos no art. 4º, além do disposto na legislação específica:

I – promover a defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do contribuinte, dos interesses afetos à cidadania e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no âmbito judicial e no extrajudicial;

Art. 4º - As Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva são instaladas em 15 (quinze) Núcleos, nas sedes dos seguintes municípios:

XV – “Núcleo Capital”, sediado na Capital do Estado, atendendo a este Município.

Nesse contexto, ao menos três argumentos sustentam a legitimação do órgão suscitado para atuar no caso vertente em regime de atribuição concorrente com o órgão suscitante.

Primeiramente, os eventuais danos que venham a ser experimentados nesses estádios (incluindo o de Macaé), ou decorrerão de competição de âmbito nacional (Brasileirão e Copa do Brasil), ou de âmbito regional (campeonato carioca), assim, considerando que a medida judicial correspondente deverá ser proposta no foro da capital, na forma do art. 93, II, da Lei nº 8.078/90<sup>15</sup> e 21 da Lei nº 7.347/85<sup>16</sup>, inexistente óbice à sua atuação.

Em segundo lugar, o órgão suscitante informa que, em 18/03/2015, *a pedido do órgão suscitado, a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé declinou de sua atribuição em favor deste último, em relação ao procedimento nº 2008.00217005, cujo objeto era idêntico ao tratado nestes autos, ao argumento de que a questão deveria ser diligenciada por um só órgão de execução, qual seja, o suscitado, que então dominava o assunto* (fls. 614-615).

Observa-se às fls. 616-517 v., que o órgão suscitado recebeu regularmente a declinatio e, *reconhecendo para si a atribuição de atuar no caso, promoveu o arquivamento do feito porque idênticos os objetos, manifestação esta que mereceu a devida homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público mediante voto monocrático proferido pelo Conselheiro Claudio Henrique da Cruz Vianna, cuja respectiva publicação ocorreu no DO que circulou na internet no dia 13/08/2015.*

Se é verdade que no caso das atribuições concorrentes a questão se resolve pelo critério da prevenção ou da especialização (legalmente prevista), também não é menos verdade que nessas hipóteses a atribuição pode ser deslocada para o órgão não prevento (e sem especialização oficial), *desde que haja a concordância daquele que instaurou o procedimento primeiro.*

Discorrendo sobre o conteúdo do art. 24 da Lei nº 8625/1993<sup>17</sup> (LONMP), Emerson Garcia<sup>18</sup> anota que:

Na medida em que o Supremo Tribunal Federal situou o princípio<sup>19</sup> no plano infraconstitucional, entendemos que não será ele violado com a estrita observância da regra do art. 24 da Lei nº 8625/1993,

<sup>15</sup> Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

.....  
II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

<sup>16</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>17</sup> Art. 24. O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele

<sup>18</sup> GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, atribuições e Regime Jurídico. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 378.

<sup>19</sup> Do Promotor natural.

até porque não há qualquer exigência no sentido de que o agente designado funcione em auxílio, sendo legítimo que atue, sozinho, em feito determinado, desde que haja concordância do titular.

*Ora, tanto o órgão suscitante, quanto o que realizou a declinatória (situado naquela mesma comarca), os quais também têm atribuição concorrente para o caso, inclusive com a garantia da prevenção, afirmaram e reafirmaram suas concordâncias em que o suscitado prosseguisse com atribuição exclusiva para atuar nesse feito, fato que reforça sua legitimação, não havendo que se cogitar de ferimento ao “princípio do promotor natural”.*

Registre-se que essa opção conta, inclusive, com a benção dos Enunciados nº 6 e 13 dessa Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível<sup>20</sup>.

Por derradeiro, mas não menos significativo, perlustrando as seiscentas e oito páginas destes autos constata-se à saciedade que o órgão suscitado vem promovendo ao longo de mais de cinco anos inúmeros atos e diligências deixando entrever o seu domínio e comprometimento exitosos quanto ao tema tratado, o qual, consigne-se, encontra-se em avançado estágio investigatório.

Portanto, avaliar sobre que Promotoria de Justiça deveria recair a atribuição é medida que requer a consideração de qual delas teria atualmente a maior capacidade de promover, com mais acurada eficiência, ações tendentes à consecução dos objetivos identificados. Uma atuação fracionada ensejaria o risco de desdobramentos heterogêneos e descoordenados pondo cobro a uma solução desejável. Por outro lado, como alinhavado na reunião realizada em 2010 na cidade de Brasília, soa aconselhável que apenas um órgão único, se incumba desse mister de forma a reunir as condições necessárias para conhecer, aprofundar e definir linhas de atuação úteis e eficazes com vistas a contribuir decisivamente para o integral cumprimento deste desiderato institucional.

Sob essa ótica, o órgão suscitado se apresenta, indubitavelmente, como sendo o melhor aparelhado, até mesmo em razão de sua crescente especialização no assunto angariada ao longo dos tempos.

<sup>20</sup> ENUNCIADO Nº 6: FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. *A investigação de supostas lesões a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos suscetíveis de tutela por meio de ações civis públicas, quando lhes for comum o objeto ou causa de pedir, deve ser realizada nos autos do mesmo inquérito civil.* Outrossim, ainda que o desmembramento do inquérito civil se afigure conveniente e oportuno, a providência não subtrai a atribuição do órgão de execução predeterminado na Constituição ou Legislação federal. Ref.: Procedimentos Administrativos MP nºs. 2006.013.43917.00, de 01.08.2006, e 2007.00102174, de 15.02.2008. (Grifou-se.)

ENUNCIADO Nº 13: ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIVISÃO INTERNA. *A Assessoria de Assuntos Institucionais tem reconhecido a vigência, validade e eficácia de atos administrativos ordinatórios que importem em divisão interna de atribuições entre órgãos de execução do Parquet fluminense.* Ref.: Procedimentos Administrativos MP nºs. 2006.001.45057.00, de 15.08.2006, e 2006.001.45059.00, de 15.08.2006. (Grifou-se.)

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 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital* para prosseguir oficiando no feito, adotando as providências que entender cabíveis.

Rio de Janeiro, 10 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 2012.00100662

Órgão de origem: 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé

Aprovo o parecer para declarar a atribuição da *4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital*. Remetam-se-lhe os autos com o parecer aprovado, deste encaminhando-se cópia ao órgão suscitante, para ciência. Publique-se.

**SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL**

Subprocurador-Geral de Justiça  
de Assuntos Cíveis e Institucionais



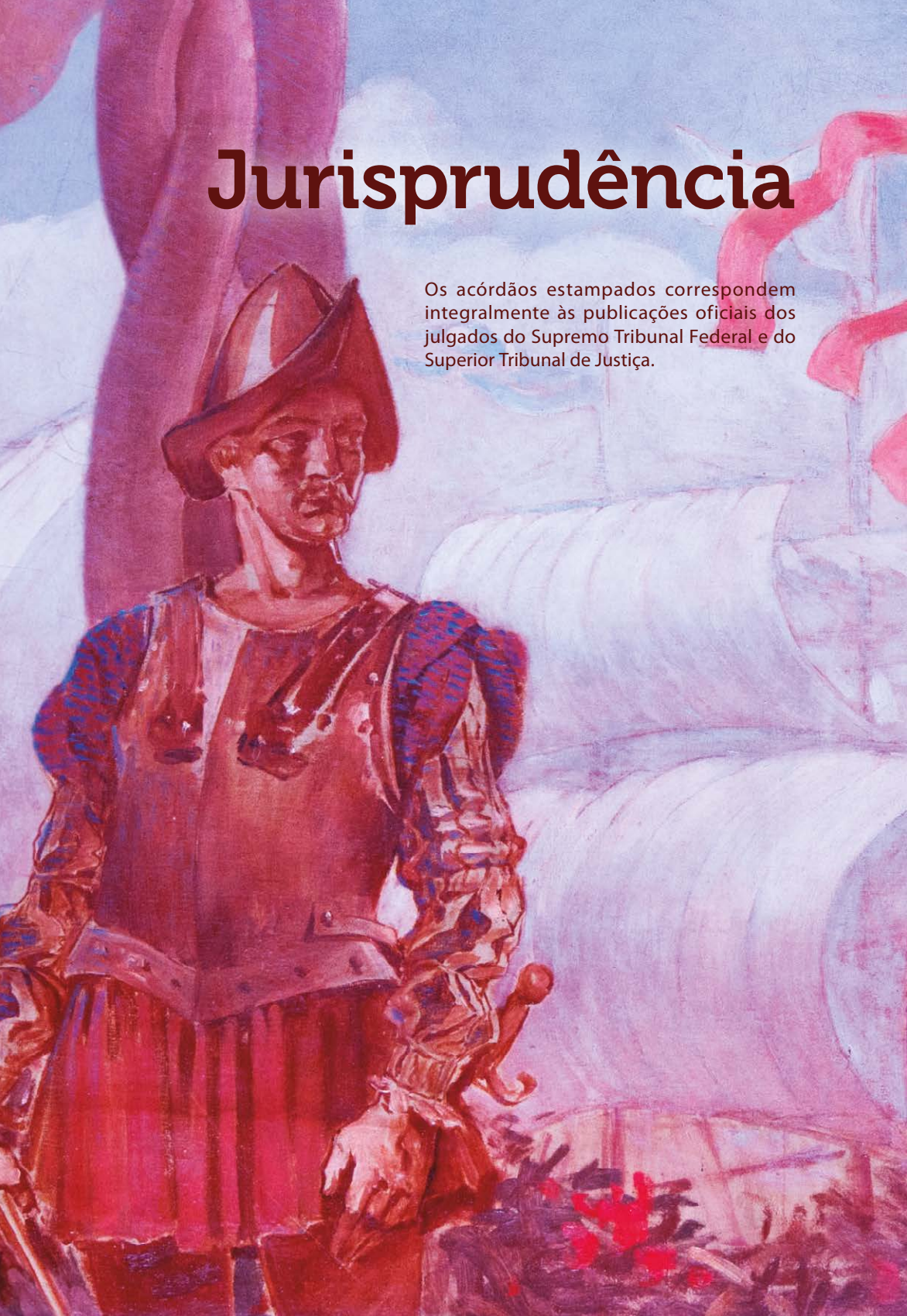




Detalhe da imagem da capa

# 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

• • •

## **HABEAS CORPUS Nº 128.763 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): LUIZ CARLOS SOARES COSTA**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*Habeas corpus.* Direito Penal. Processo Penal. Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família. 2. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. 3. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. 4. Ordem concedida. Expedição do ofício ao Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro. 5. Expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem; ainda, determinar a expedição de ofícios ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao Corregedor-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de agosto de 2015.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator

*Documento assinado digitalmente*

04/08/2015

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 128.763 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): LUIZ CARLOS SOARES COSTA**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro Thaís dos Santos Lima, em favor de Luiz Carlos Soares Costa, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.444.825/RJ.

O paciente cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

A defesa requereu o benefício de visita periódica à família, nos termos dos arts. 122, inciso I, e 123 da LEP. O requerimento foi deferido. No despacho, o Juiz fixou, desde logo, calendário com as saídas autorizadas (duas mensais, além de aniversário, páscoa, dia das mães e dos pais, natal e ano novo).

Irresignado, o Ministério Público interpôs agravo ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual negou provimento ao recurso.

Em seguida, interpôs recurso especial.

A 3ª Vice-Presidência do TJ/RJ, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, determinou a remessa dos autos à Câmara de origem, para reexame da matéria, à luz de acórdão relativo ao recurso-paradigma, e eventual exercício do juízo de retratação ou manutenção do pronunciamento divergente.

O órgão fracionário manteve seu entendimento. Eis o teor:

**AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. HIPÓTESE ESTABELECIDADA NO ARTIGO 543-C, PARÁGRAFO 7º, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

Autos encaminhados pela Terceira Vice-Presidência para reexame da questão, à luz de acórdão relativo ao recurso paradigma. Eventual exercício do juízo de retratação ou manutenção do pronunciamento divergente. Visita periódica ao lar. Inconformismo relacionado à forma de fruição do benefício e deferimento automático de saídas temporárias. Acórdão paradigma – REsp nº 1.166.251/RJ – no sentido da impossibilidade de delegação de função jurisdicional ao administrador do presídio. Entendimento desta Câmara Criminal no sentido de que o Juízo executório pode conferir ao apenado saídas temporárias anuais para visitação familiar, de forma automática.

Manutenção do pronunciamento deste Órgão fracionário no julgamento do Agravo de Execução Penal em apreço. Sem desconhecer o teor e os fundamentos da decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, decidiu-se pela confirmação da decisão proferida pelo Juízo executório, que atende aos objetivos da execução penal, expressos no artigo 1º da Lei de Execução Penal.

Juízo de retratação não exercido. Devolução dos autos à 3ª Vice-Presidência, na forma do artigo 4º, parágrafo 2º, inciso III, alínea “a” da Resolução TJ/3ª Vice-Presidência nº 03/2009.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público para cassar o acórdão recorrido e a decisão que deferiu saídas temporárias automatizadas.

Impugnou-se a decisão por meio de agravo regimental, ao qual foi negado provimento, nos termos do acórdão assim ementado:

**EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL OFERTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SAÍDA TEMPORÁRIA.**

**CONCESSÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. Ao julgar sob o rito de “curso repetitivo” (CPC, art. 543-C) o Recurso Especial nº 1.166.251/RJ, decidiu a Terceira Seção desta Corte que “*deve ser afastada a concessão de saídas automatizadas, para que haja manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária*”. (Rel.<sup>a</sup> Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/03/2012)

2. Agravo regimental desprovido.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

No presente *habeas corpus*, a defesa alegou a ocorrência de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo. Sustentou que o pedido do benefício de saída temporária levou quase 2 (dois) meses para ser deferido, razão pela qual se, para cada saída for preciso novo requerimento, o trâmite processual não apenas se prolongará de forma demasiada e desnecessária, como também será suprimido o direito de o apenado visitar sua família na forma estabelecida pela Lei de Execuções Penais. Pleiteou a concessão da ordem para restabelecer a decisão da Vara de Execuções Penais que concedeu ao paciente autorização de saída temporária.

A medida liminar foi indeferida (eDOC 22).

Em parecer da Subprocuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, o Ministério Público opinou pela concessão da ordem (eDOC 23).

É o relatório.

**04/08/2015  
SEGUNDA TURMA**

**HABEAS CORPUS Nº 128.763 / RIO DE JANEIRO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Como se sabe, o mandado de segurança desenvolveu-se entre nós, a partir da Constituição de 1934, fortemente inspirado na doutrina brasileira do *habeas corpus*. Sob a Constituição de 1988 institui-se, ao lado da modalidade individual, o mandado de segurança coletivo – art. 5º, LXX. O STF entendeu que, pela semelhança entre as ações, também são aplicáveis ao mandado de injunção as regras da modalidade coletiva. Faço essas considerações para, uma vez mais, defender que, em casos com a configuração destes autos – identidade de



lesão à liberdade de locomoção de significativo número de pessoas – se reconheça a viabilidade de impetração coletiva também em sede de *habeas corpus*.

Dito isso, passo à análise do processo em julgamento, limitando-me, como requerido na impetração, à hipótese do paciente.

O caso trata da possibilidade de o Juiz de execuções penais deferir a saída temporária em uma única decisão, válida para diversas saídas.

A saída temporária sem vigilância direta é um benefício destinado aos sentenciados que cumprem pena em regime semiaberto, na forma do art. 122 da Lei nº 7.210/84. Autoriza-se que o preso saia e, se for o caso, pernoite fora do estabelecimento prisional para visitar a família, estudar ou participar de outras atividades, com intuito de reintegrá-lo ao convívio social.

Conforme o art. 123 da Lei nº 7.210/84, a autorização deve ser concedida “por ato motivado”, ouvidas as partes e a administração carcerária.

O Superior Tribunal de Justiça interpretou esse dispositivo em recurso especial representativo da controvérsia, no sentido de que deve haver “manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária” – REsp 1.166.251/RJ, Rel.<sup>a</sup> Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14.3.2012.

Desse julgamento, resultou que o Juiz não pode fixar calendário prévio de saídas temporárias, deixando sua fiscalização ao administrador prisional.

Esse é um dos precedentes que levou à adoção da Súmula 520 daquela Corte:

O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.

A Corte entendeu que, na medida em que o art. 123 da Lei nº 7.210/84 determina que a autorização deve ser concedida “por ato motivado”, cada saída autorizada deve ser singularmente motivada, com base no histórico do sentenciado até então.

Não vislumbro essa necessidade. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta pelo sentenciado, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras.

Por um lado, a decisão avalia a situação contemporânea, deixando claro que a saída mais próxima é recomendável. Por outro, projeta que, se não houver alteração fática, as saídas subseqüentes também serão recomendáveis.

A expressa menção às hipóteses de revisão deixa claro às partes que, caso surja incidente, ele será apreciado, podendo levar à revogação da autorização.

Ressalto que, em situações ordinárias, os requisitos das saídas são os mesmos, independentemente da estação do ano em que elas ocorrem. A saída do natal não

tem requisitos mais brandos do que a saída da páscoa, por exemplo. Não há razão funcional para afirmar que, uma única decisão que a ambas contemple, é deficiente de motivação.

A decisão única também permite a participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão.

Pode-se argumentar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não afeta diretamente direito do sentenciado. De fato, se o Juízo das execuções penais determinar saídas temporárias em várias decisões sucessivas, ao invés de em única decisão, a situação do preso será a mesma.

No entanto, a realidade da execução penal demonstra que esse tipo de decisão coloca em risco o direito do sentenciado ao benefício.

A força de trabalho das varas de execuções penais é um recurso escasso, que precisa ter sua eficiência maximizada. Na medida em que as decisões podem ser concentradas sem perda substancial de qualidade, é recomendável que assim se faça.

Se a força de trabalho não for usada com eficiência, é provável que os pedidos de autorização de saída só sejam apreciados após a data da saída pretendida.

Registro que negligenciar a observância da economia processual nas autorizações de saída pode gerar reflexo inclusive na superlotação carcerária.

As vagas no sistema prisional também são um recurso escasso, diretamente administrado pelos Juízes. Extinção de pena, progressão de regime, livramento condicional, são judicialmente concedidos e abrem vagas no sistema.

Ressalto que o projeto de reforma da Lei de Execução Penal, PLS 513/2013, autor Senador Renan Calheiros, relator Senador Eunício Oliveira, prevê a utilização de tecnologia da informação para que os benefícios na execução sejam automatizados. Despacho judicial somente será necessário para negá-los.

Além disso, há precedente da 1ª Turma do STF no sentido da viabilidade da programação de várias saídas em uma única decisão, na medida em que, estando presentes os requisitos da primeira, *“as subseqüentes mostram-se consectário legal, descabendo a burocratização a ponto de, a cada uma delas (...), ter-se que formalizar novo processo”* – HC 98.067, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 6.4.2010.

De tudo concluo que o Juiz de execuções penais pode deferir a saída temporária em uma única decisão, válida para diversas saídas, sem violar o dever de fundamentação ou prerrogativa do Ministério Público. Pelo contrário, a análise individual de cada saída pode colocar em risco o direito do sentenciado ao benefício.

No caso dos autos, o Juiz das execuções penais deferiu autorizações de saída, para visita periódica à família. No despacho, fixou, desde logo, calendário com as saídas autorizadas (duas mensais, além de aniversário, páscoa, dia das mães e dos pais, natal e ano novo).

O Estado do Rio de Janeiro concentra suas execuções penais em uma única Vara, na capital. Essa Vara processa todas as execuções penais, sejam de penas privativas de liberdade, restritivas de direito, ou medidas de segurança, na capital e interior do Estado.

O relatório do mutirão carcerário promovido pelo CNJ no período de 26.10.2011 a 16.12.2011 apontou diversas dificuldades operacionais na serventia, ressaltando a demora no cumprimento dos atos de ofício.

Especificamente quanto à tramitação de expedientes para concessão de benefícios aos apenados, foi consignado o sistêmico atraso, nos seguintes termos:

Há na VEP/RJ excessiva demora em analisar os direitos possivelmente concedidos por lei aos apenados. A tramitação de remessa à Defensoria Pública, retorno do Ministério Público, cumprimento de diligências requeridas, novo retorno ao Ministério Público, eventual novo retorno à Defensoria e, finalmente, conclusão ao juiz para a decisão faz com que haja o transcurso de vários e vários meses entre o atingimento do lapso (requisito objetivo para o benefício) e sua efetiva concessão.

Em conclusão, o relatório apontou diversas recomendações, entre elas a instalação de pelo menos duas novas varas de execuções.

Até o momento, não foram instaladas novas serventias. Aparentemente, os problemas não foram resolvidos de outra forma. O Jornal “O Globo”, de 10.8.2014, notícia que cinco juízes lotados na Vara de Execuções supervisionam trinta e dois estabelecimentos prisionais e têm acervo de 110.000 (cento e dez mil) processos sob sua responsabilidade. A publicação ressalta o atraso na análise de benefícios dos sentenciados e a redução do número de servidores na lotação.

Para este mês de agosto, o site do TJRJ dá conta da realização de mutirão local, para reavaliação da situação de mais de dez mil presos do regime semiaberto.

E é nesse cenário de insuficiência que a questão deve ser considerada.

A impetrante relata que a Vara profere cerca de 1.000 (mil) decisões de saída temporária por ano, cada uma contemplando 35 (trinta e cinco) saídas. Se um novo pedido fosse necessário para cada saída, seriam necessárias 35.000 (trinta e cinco mil) decisões para obter o mesmo resultado.

Disso resulta que, muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. E, ainda mais grave, é de se esperar que vários requerimentos sequer sejam apresentados, perdendo os condenados benefício que lhes assistiria.

Está presente, portanto, a ameaça concreta de lesão ao direito do paciente.

Ante o exposto, *concedo* a ordem, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções penais que concedeu autorização de saída temporária para visita periódica à família.

Outrossim, proponho a expedição do ofício ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ao Corregedor-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, proponho a expedição de ofício ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento.

04/08/2015  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 128.763 / RIO DE JANEIRO**

#### VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** As razões *expostas* pelo eminente Relator *convencem-me* de que se mostra acertada a solução *preconizada* em seu douto voto.

*Desse modo, defiro* o pedido de *habeas corpus* e *concordo* com a proposta de que se expeçam ofícios aos órgãos e autoridades indicados pelo eminente Relator.

*É o meu voto.*

04/08/2015  
SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS Nº 128.763 / RIO DE JANEIRO**

#### OBSERVAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu gostaria de fazer ainda um registro que justificasse o endereçamento desses ofícios, também, à Corregedoria do Tribunal ou, talvez, à Presidência do Tribunal.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):** E à própria Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, porque são eles que apelam.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Exatamente. E eu gostaria, também, de fazer um registro, aproveitando a presença na tribuna da doutora Thais, da importância do trabalho – mais uma vez nós vimos – desempenhado pela Defensoria Pública, neste caso, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

**SEGUNDA TURMA  
EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS Nº 128.763**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

**PACTE.(S): LUIZ CARLOS SOARES COSTA**

**IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções penais que concedeu autorização de saída temporária para visita periódica à família. Outrossim, determinou a expedição de ofício ao Presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ao Corregedor-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro. Determinou, ainda, a expedição de ofício ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, a Dra. Thais dos Santos Lima, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. *2ª Turma*, 04.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira

Secretária





**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Nº 6.000 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASSEMPERJ**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL**

**AM. CURIAE.: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINDJUSTIÇA**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL**

**EMENTA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEIS Nº 8.071/2018 E Nº 8.072/2018 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO REMUNERATÓRIO PARA RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DAS REMUNERAÇÕES DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A concessão de benefício remuneratório fundada no art. 37, X, da CF, para recomposição do poder aquisitivo das remunerações de servidores públicos, é matéria reservada à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que a exerce em benefício dos servidores de todos os Poderes e órgãos da Administração Pública respectiva.

2. As Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro têm nítidos contornos de revisão geral dos vencimentos devidos aos servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez que o incremento salarial é

conferido linearmente a todos, independentemente da carreira, e de forma global, incidente não apenas sobre parcelas salariais específicas, mas sobre o montante remuneratório total, inclusive cargos em comissão e funções gratificadas. Inconstitucionalidade por vício de iniciativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo.

3. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em confirmar a medida cautelar e julgar procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade das Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2019.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Relator

27/09/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.000 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASSEMPERJ**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL**

**AM. CURIAE.: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINDJUSTIÇA**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL**



## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em face das Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 daquele Estado, que conferem, respectivamente e a contar de 1º de setembro de 2018, reajuste de 5% (cinco por cento) na remuneração dos servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. Eis o teor das leis impugnadas:

Lei nº 8.071, de 27 de agosto de 2018.

Art. 1º Ficam reajustadas em 5% (cinco por cento), a contar de 1º de setembro de 2018, as remunerações dos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, de cargo de provimento em comissão, funções gratificadas e funções comissionadas, do Quadro único de Pessoal do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º As despesas decorrentes desta Lei serão atendidas pelas dotações orçamentárias próprias, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Lei nº 8.072, de 27 de agosto de 2018.

Art. 1º Fica reajustada em 5% (cinco por cento) a remuneração, a contar de 1º de setembro de 2018, dos servidores do Quadro Permanente dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º Fica reajustada em 5% (cinco por cento) a remuneração, a contar de 1º de setembro de 2018, dos servidores do Quadro Permanente de Pessoal de Apoio Administrativo da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 3º As despesas resultantes da aplicação do artigo 1º desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares.

Art. 4º As despesas resultantes da aplicação do artigo 2º desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas a

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ficando o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A princípio, o autor discorre sobre a situação financeira do Estado do Rio de Janeiro, aduzindo que, principalmente a partir de 2016, o ente vivenciou um “*verdadeiro quadro falimentar*” e “*estado de calamidade pública na administração financeira*”. Reporta que, em relatório de gestão fiscal publicado em 15 de fevereiro de 2017, atestou-se a superação do limite máximo de gastos com pessoal, estabelecido no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Em razão do quadro fiscal vivenciado, alega que o Estado do Rio de Janeiro aderiu ao Regime de Recuperação Fiscal – RRF, instituído pela Lei Complementar nº 159/2017, para regularizar sua situação financeira. Afirma que uma das condições exigidas pelo plano de recuperação está contida no art. 8º da LC nº 159/2017, o qual veda, entre outros, a concessão de reajuste na remuneração dos servidores estaduais.

Apesar do quadro financeiro que descreve, e tendo sido alertada pelo Conselho de Supervisão Fiscal do Ministério da Fazenda que a aprovação dos projetos legislativos que deram origem às normas aqui impugnadas implicaria a exclusão do Estado do RRF e, segundo a Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, em imediata obrigação de pagamento pelo Estado à União Federal de mais de R\$ 27 bilhões de reais, além dos encargos de inadimplência, a Assembleia Legislativa derrubou o veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo, concedendo reajuste a servidores do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Frente a isso, o autor argumenta a inconstitucionalidade das normas por violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, ao colocar os órgãos que receberam reajuste em posição hegemônica em relação aos demais, além de aniquilar “*o Poder executivo e a prerrogativa de seu Chefe de direção geral da Administração Pública, consistente, no caso dos autos, na adesão do Estado ao RRF e na sua vital manutenção*”.

Sustenta, também, que as leis impugnadas apresentam violação aos princípios da moralidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, ao privilegiarem interesses pecuniários de um grupo de servidores “*às custas do retorno do Estado do Rio de Janeiro ao caos financeiro e social*”, pondo em risco serviços públicos básicos.

Argui a infringência ao princípio da isonomia pelo tratamento privilegiado a setor específico de servidores em detrimento dos demais, o que ocasionaria a exclusão do Estado do RRF, uma vez que as leis impugnadas não poderiam ser consideradas como revisão geral anual da remuneração (CF, art. 37, X).

Aduz afronta, ainda, aos princípios do sistema financeiro e orçamentário, na medida em que as leis hostilizadas conduzem “*à exclusão do Estado do Regime de Recuperação Fiscal*”, bem como “*representam grave retrocesso e colocam-se na extrema contramão do dever constitucional de gestão responsável*”.

Ao final, sustenta ainda a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 8.072/2018 por vício de iniciativa, no que tange à Defensoria Pública, por inobservância dos arts. 134, § 2º, e 99, § 2º, da Constituição Federal, aplicáveis aos Estados por simetria, no sentido de que compete ao Defensor Público Geral a iniciativa legislativa para proposição de lei que trate sobre a remuneração de seus servidores.

Em 31/8/2018, deferi a medida cautelar, *ad referendum*, para suspender os efeitos das normas impugnadas e deferi os pedidos de ingresso como *amici curiae* da Associação dos Servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – ASSEMPERJ – e do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro – SINDIJUJUSTIÇA-RJ.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (peça 38) prestou informações, nas quais postula o não conhecimento da ação pela inadequação da via eleita, pois, ainda que fossem acertados os argumentos do requerente, tratar-se-ia de meras ilegalidades e não inconstitucionalidades. Aponta, também, que a concessão do reajuste não seria capaz de alterar a probidade eleitoral.

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (peça 49), em suas informações, indica que o projeto de lei foi encaminhado em 2015, buscando dar efetividade à Lei Estadual nº 4.620/2005, com as alterações promovidas pelas Leis nº 6.282/2012 e nº 6.963/2015, na conformidade do disposto no art. 37, X, da CF. Afirma que o percentual foi lastreado em estudo de impacto orçamentário-financeiro, além de afirmar que as últimas revisões de vencimentos dos servidores ocorreram em 2014.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro também prestou informações (peça 55), ponderando tratar-se de questão meramente infraconstitucional, o que não seria cabível em sede de ação direta. Alega que os recursos para efetivação do reajuste serão de fonte própria, não dedutíveis de outras políticas públicas. Aponta que outros segmentos do funcionalismo público obtiveram reajustes superiores e que se projetam paulatinamente no tempo. Argui, ainda, que os servidores do Ministério Público não têm recomposição das perdas remuneratórias desde 2014 e que a variação do IPCA de 2014 a 2017 acumulou-se em 28,86%, ou seja, o percentual de ajuste aprovado buscaria apenas minorar as perdas inflacionárias.

Pontua ser a revisão anual regra de cumprimento obrigatório que realiza um direito constitucional dos servidores, apoiado pelo princípio da irredutibilidade de vencimentos (arts. 7º, VI; 37, XV; 194, IV, da CF) e pelos princípios da independência e da autonomia administrativa e financeira dos Poderes e Instituições estatais (arts. 2º; 99, *caput*, e §1º; 127, §2º; e 168 da CF). Afirma, também, que os reajustes não violariam os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade ou da isonomia, pois a Constituição autoriza reajustes setoriais.

Ressalta, por fim, que o impacto orçamentário decorrente da revisão dos vencimentos pode ser suportado por receitas próprias e que o reajuste concedido não seria razão suficiente para exclusão do Regime de Recuperação Fiscal.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro prestou informações (peça 58), sustentando que os efeitos financeiros dos reajustes serão suportados pelo seu orçamento próprio e que há estudo de impacto que demonstra a existência de disponibilidade orçamentária.

A Advogada-Geral da União (peça 62), preliminarmente, sustenta o conhecimento parcial da ação, apenas quanto à questão envolvendo a Defensoria Pública fluminense. No mérito, afirma que as leis teriam afrontado o princípio da proporcionalidade, quando levado em consideração o *“plano global das finanças do Estado”*. Afirma que *“as obrigações financeiras que seriam geradas com a quebra do Regime de Recuperação Fiscal colocariam a continuidade da prestação de serviços estaduais e de pagamento dos servidores do Poder Executivo em situação de grave ameaça”*. Por fim, alega a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, da Lei nº 8.072/2018, no ponto em que trata da remuneração dos servidores da Defensoria Pública.

O Procurador-Geral da República apresentou manifestação nos autos (peça 72), em que opinou pelo conhecimento parcial da ação, pois a análise das teses de inconstitucionalidade suscitadas pelo Autor, exceto em relação à alegação de ofensa à reserva de iniciativa do Defensor Público Geral, demandaria o *“cotejo prévio com a lei federal instituidora do Regime de Recuperação Fiscal, de maneira que eventual inconstitucionalidade ocorre apenas de maneira reflexa”*. Quanto ao mérito, manifestou-se pela procedência do pedido, entendendo haver ofensa aos princípios da responsabilidade fiscal, da separação dos Poderes e da unidade orçamentária.

É o relatório.

27/09/2019  
PLENÁRIO

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.000 / RIO DE JANEIRO

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):** Inicialmente, verifico não merecer acolhimento a preliminar de não conhecimento da ação, sob fundamento de necessidade de confronto prévio entre normas infraconstitucionais. Isso porque o requerente aponta, com objetividade e de forma fundamentada, os dispositivos constitucionais que reputam violados, principalmente quanto ao princípio da harmonia entre Poderes e à competência para deflagrar o processo legislativo, na conformidade da Constituição Federal.

O alegado possível conflito de lei estadual com lei federal (LC nº 159/2017) foi mencionado subsidiariamente, apenas para demonstrar a situação fiscal vivenciada pelo Estado do Rio de Janeiro.

No caso, a eventual ofensa à Constituição Federal ocorreria de maneira direta, uma vez que a controvérsia a respeito do equilíbrio entre os Poderes e também

a usurpação de reserva de iniciativa de lei são razões suficientes para, por si sós, fundamentarem o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei. Assim, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, é importante lembrar que proferi, em 31/8/2018, decisão cautelar para suspender a eficácia das leis impugnadas. Na ocasião ponderei, em juízo de cognição sumária, e considerando ainda a proximidade do pleito eleitoral, tratar-se de lei de constitucionalidade questionável. Com efeito, a possibilidade de configuração de desvio de finalidade no exercício de poder político legiferante, no tocante ao aumento salarial conferido pelas normas combatidas, era motivo suficiente, à época, para concessão da medida cautelar, uma vez que estavam em jogo a normalidade e legitimidade das eleições, havendo risco de ferimento à liberdade do voto (CF, art. 60, IV, “b”); ao pluralismo político (CF, art. 1º, V e parágrafo único), ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e à moralidade pública (CF, art. 37, *caput*).

Vindas as informações aos autos, passo a reexaminar as teses levantadas a respeito da questão constitucional aqui posta.

Verifico, à luz das informações apresentadas, que o ponto central da controvérsia dos autos gira em torno da seguinte questão: saber se as leis impugnadas seriam mero reajuste salarial ou uma revisão geral anual.

No caso, pertinente diferenciar, no contexto das normas constitucionais em debate e para efeito de delimitação do processo legislativo respectivo, a competência legislativa para tratar da fixação da remuneração de servidores públicos daquela atinente à sua revisão geral anual (art. 37, X, da CF).

Em relação ao primeiro caso, aplicável a jurisprudência desta CORTE que reconhece aos chefes de Poderes Executivo (art. 61, § 1º, II, “a”, da CF), Legislativo (art. 51, IV, c/c art. 52, XIII, da CF) e Judiciário (art. 96, II, “b”, da CF), bem como aos órgãos dotados de autonomia administrativa e financeira – como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública, conforme os art. 127, § 2º, e 134, § 2º, da CF –, a exclusividade de iniciativa para a deflagração de processo legislativo que tenha por objeto a remuneração de seus servidores. Em atenção ao princípio da simetria (art. 25 da CF), essa divisão de competências, por constituir ajuste sensível ao equilíbrio entre os poderes da República, é norma extensível e de observância obrigatória para os demais entes federativos. (ADI 4.203, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 2/2/2015)

A revisão geral anual, por outro lado, constitui matéria legislativa diversa. Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“sua função não é a de conceder reajuste remuneratório, mas a de garantir a estabilidade do seu valor em face da instabilidade da moeda”* (Comentário contextual à Constituição. Malheiros Editores. 9ª ed. p. 346). Por esse motivo, em relação à revisão geral anual de vencimentos, subsídios e proventos, não prevalece a autonomia de cada Poder e órgão autônomo, mas sim a necessidade de que o índice de correção alcance, de forma homogênea e isonômica, todos os servidores vinculados ao mesmo ente político, independentemente do órgão ou Poder de lotação. Nesse sentido, a reiterada Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

que (a) faz a diferenciação entre reajustes setoriais de determinadas categorias de servidores públicos e a revisão geral anual tratada no art. 37, X, da CF (ADI 3.599, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/5/2007, DJe de 13/9/2007; MS 32917-AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/11/2016, DJe de 30/11/2016); e (b) reconhece ser competência privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa para deflagrar o processo legislativo que visa à concessão da revisão geral anual aos servidores públicos (RE 557.945-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe de 13/12/2007; RE 528.965-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/5/2007, DJe de 28/6/2007; RE 50.187-AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2006, DJ de 6/11/2006).

Portanto, a revisão geral anual, no teor da jurisprudência desta SUPREMA CORTE, é de titularidade exclusiva do Presidente da República, nos termos do art. 61, §1º, II, *a*, da Carta Constitucional, aplicada por simetria ao Chefe do Executivo estadual. Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998).

Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de *titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie*, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação. (ADI 2061, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2001, DJ 29/06/2001)

Assim também se decidiu em: AI 713.975 AgR (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 9/10/2009), RE 557.945 AgR (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 14/12/2007), RE 553.643 AgR (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 14/12/2007), RE 553.231 AgR (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 14/12/2007).

Dessa feita, entendo que a concessão de benefício remuneratório fundada no art. 37, X, da CF, para recomposição do poder aquisitivo das remunerações de

servidores públicos, é matéria reservada à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que a exerce em benefício dos servidores de todos os Poderes e órgãos da Administração Pública respectiva. Caso se admitisse iniciativa concorrente, como ocorre em relação à política remuneratória de cada Poder ou órgão autônomo, estaria frustrado o comando constitucional que exige seja essa revisão “geral” e “sem distinção de índices”, e não admite, portanto, revisões parciais. Observo que a CORTE abordou o tema no julgamento da ADI 3.459 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/8/2005, DJ de 7/4/2006), embora em caráter de *obiter dictum*, quando a maioria do Plenário se manifestou pela impossibilidade de adoção de índices distintos de revisão geral anual, conforme o Poder ou órgão do servidor.

No caso dos autos, tenho que as Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro têm nítidos contornos de revisão geral dos vencimentos devidos aos servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez que o incremento salarial é conferido linearmente a todos, independentemente da carreira, e de forma global, incidente não apenas sobre parcelas salariais específicas, mas sobre o montante remuneratório total, inclusive cargos em comissão e funções gratificadas.

Assim, considerando o que foi relatado (i) pelo Desembargador Presidente do TJRJ (peça 49): “(...) os servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro tiveram as últimas revisões de seus vencimentos em 1º de setembro de 2014 (...)”, (ii) pelo Procurador-Geral de Justiça do MP/RJ (peça 55): “A conformidade constitucional das leis estaduais concessivas da revisão remuneratória aos servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública deriva da regra prevista no art. 37, inc. X da Carta da República (...)”; e (iii) pelo Defensor Público-Geral (peça 58): “(...) cuida-se de medida de recomposição de perdas remuneratórias do ano de 2015, período anterior à grave crise fiscal que tem sofrido o Estado”, entendo que as normas em análise possuem verdadeira intenção de servir como revisão geral da remuneração dos respectivos servidores, cuja competência é privativa do Chefe do Executivo.

Além disso, importante registrar que a Lei nº 8.072/2018, nos seus arts. 2º e 4º, incorre, ainda, em inconstitucionalidade formal por violação à iniciativa privativa do Defensor Público Geral para propor lei que trate da remuneração de seus servidores, conforme estabelecido no art. 134, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal. Nesse sentido:

(...) 5. A autonomia financeira e orçamentária das Defensorias Públicas Estaduais e a expressa menção pelo art. 134, § 4º, ao art. 96, II, todos da CRFB/88, fundamentam constitucionalmente a iniciativa do Defensor Público Geral dos Estados na proposição da lei que fixa os subsídios dos membros da carreira. (ADI 5286, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/2016)

Diante de todo o exposto, confirmando a medida cautelar, JULGO PROCEDENTE a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade das Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro.

É o voto.

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.000**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASSEMPERJ**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL (22256/DF)**

**AM. CURIAE.: SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SINDJUSTIÇA**

**ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL (22256/DF)**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade das Leis nº 8.071/2018 e nº 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 20.9.2019 a 26.9.2019.

**Composição:** Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário



# AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO

INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

## EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 7.917, DE 16.3.2018, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMANÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO EM UNIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, pela não complexidade da questão de direito em discussão e instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. Precedentes.
2. É competência privativa da União legislar sobre direito processual penal (inc. I do art. 22 da Constituição da República), no qual se insere o regime jurídico das prisões. Precedentes.
3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, *em converter o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito para julgar procedente o pedido formulado na ação direta e declarar*

a inconstitucionalidade da Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Relatora. Sessão de 18.10.2019 a 24.10.2019.

Brasília, 25 de outubro de 2019.

## MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

25/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS**

**ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO**

**INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

### RELATÓRIO

#### **A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada por Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB contra a Lei estadual nº 7.917, de 16.3.2018, do Rio de Janeiro, “*que dispõe sobre a permanência de preso provisório em qualquer das unidades do Sistema Penitenciário Estadual*”, por alegada contrariedade ao inc. I do art. 22 da Constituição da República.

2. Na lei impugnada se estabelece:

Art. 1º. É de 180 (cento e oitenta) dias o tempo máximo de permanência de preso provisório em qualquer das unidades integrantes do Sistema Penitenciário Estadual.

Art. 2º. Vencido o prazo constante ao art.1º, o preso será apresentado e entregue ao juízo da Vara de execuções Penais para as providências que entender cabíveis, inclusive o recolhimento às carceragens existentes nas diversas instalações do Tribunal de Justiça.

Art. 3º. Não será permitido o retorno ao Sistema Penitenciário Estadual de preso provisório com base nas mesmas fundamentações anteriores.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

3. A autora alega que *“a lei ora impugnada é de uma inconstitucionalidade tão patente que chegou a ser vetada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, porém, em seguida, foi objeto de votação pela Assembleia do Estado que derrubou o veto, tudo levando a crer que teria legislado em proveito também de alguns membros da Assembleia que já estão cumprindo ordem de prisão de natureza provisória ou que poderão, em breve, estar submetidos a ordem dessa natureza”* (fl. 1, e-doc. 1).

Assevera que na lei se *“tratou claramente de matéria da competência do legislador federal (CF, art. 22, I), ao dispor sobre direito processual penal, para o fim de impor um limite máximo de tempo à vigência da prisão de natureza provisória (180 dias)”* (fl. 2, e-doc. 1).

Sustenta que *“o artigo 1º determinou, de forma clara, que o tempo máximo de permanência de preso provisório nas unidades integrantes do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro é de 180 (cento e oitenta) dias, venha a ordem de onde vier, ou seja, da Justiça Comum, da Justiça Eleitoral ou da Justiça Federal. Findo esse prazo, o acautelado deverá ser apresentado e entregue ao Juízo da Vara de Execuções Penais competente, que, por sua vez, deverá adotar as providências cabíveis, dentre elas a de proceder o recolhimento do preso às carceragens existentes no Tribunal de Justiça (e aí surgiria o problema com relação aos presos provisórios alcançados pelo artigo 1º, mas que tiveram ordem de prisão expedida pela Justiça Federal e/ou Eleitoral)”* (fl. 2, e-doc. 1).

Argumenta ser *“manifesta a criação de uma nova ordem legal/processual a ser observada pelo Poder Judiciário sediado no Estado do Rio de Janeiro, nos processos criminais que tenham dado causa a ordem de prisão de natureza provisória”* (fl. 2, e-doc. 1).

Pondera que *“a norma contida no art. 1º da lei ora impugnada, no entanto, ao estabelecer o prazo máximo de 180 dias para o tempo máximo da prisão de natureza provisória, fez algo que somente o legislador federal poderia fazer, mediante a inserção dessa regra dentre as existentes nos artigos 312 a 316 do Código de Processo Penal”* (fl. 3, e-doc. 1).

Assinala que *“o art. 3º da referida lei, ao dispor no sentido de que ‘não será permitido o retorno ao Sistema Penitenciário Estadual de preso provisório com base nas mesmas fundamentações anteriores’, incidiu na mesma ofensa, porque deu caráter de definitividade ao prazo de 180 dias, vedando ao Poder Judiciário impor outra ordem de prisão preventiva”* (fl. 4, e-doc. 1).

Ressalta que *“referidos dispositivos assemelham-se a um habeas corpus coletivo repressivo e preventivo. Repressivo para aqueles que estejam presos provisoriamente há mais de 180 dias e preventivo para aqueles cujo tempo de acautelamento provisório venha a alcançar os 180 dias, no Estado do Rio de Janeiro. Alcança, assim, inclusive membros da Assembleia Legislativa que estejam eventualmente presos provisoriamente. A justificativa do legislador estadual, para a criação desse habeas corpus coletivo repressivo/preventivo após o 180º dia de prisão de natureza provisória, é uma suposta morosidade do Poder Judiciário”* (fl. 4, e-doc. 1).

Aponta a inconstitucionalidade da lei impugnada porque, *“como não foi adotada pelo legislador federal e sim pelo estadual, tal disciplina está usurpando claramente a*

*competência privativa da União para legislar sobre direito processual, nos termos do art. 22, I, da CF, pois não compete ao legislador estadual dispor sobre normas de direito processual” (fl. 8, e-doc. 1).*

Requer medida cautelar para “suspender a eficácia da Lei nº 7.917/2018, de 16 de março de 2018 (DO de 20/3/2018), editada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, até posterior referendo do Plenário, na forma prevista no art. 10 da Lei nº 9.869/98” (fl. 10, e-doc. 1).

No mérito, pede seja julgado “*procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.917/2018, de 16 de março de 2018, editada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro com efeito ex tunc*” (fl. 11, edoc. 1).

4. Em 24.5.2018, o Ministro Dias Toffoli, então Relator, deferiu a medida cautelar *ad referendum*, em decisão cuja fundamentação se transcreve:

Decido. Examinados os elementos havidos nos autos, considerando a relevância do caso e o risco de adoção de sistemática distinta da nacionalmente estabelecida exclusivamente para o Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, em caráter excepcional examino monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, o pedido de medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei, conforme precedentes desta Corte, tais como: ADPF nº 130/DF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 27/2/08; ADI nº 4.307/DF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 8/10/09; ADI nº 4.598/DF-MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/8/11; ADI nº 4.638/DF-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.705/DF-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/12; ADI nº 4.635-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5/1/12; ADI nº 4.917-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 21/3/13; e ADI 5.184-MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 9/12/14. No meu entender, restam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da medida cautelar. Começo salientando que tenho por evidenciada a invasão da competência legislativa da União sobre o tema. Com efeito, o art. 22, I, da CF/88 dispõe: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; Observo que a norma combatida dispõe desde a definição temporal da prisão provisória no Estado do Rio de Janeiro até o estabelecimento de trâmite processual para o caso de extrapolação do prazo estabelecido, inclusive com proibição ao Poder Judiciário local, para decreto de novo recolhimento à prisão, de adoção de idêntica fundamentação à já apresentada nos autos. Ora, o regimento estabelecido às diversas espécies de prisão (e bem assim o espectro de competência da magistratura) é matéria inegavelmente processual, sendo

certo que o elemento temporal a ser considerado na aplicação de cada prisão é a elas intrínseco, e por isso, também processual. Nessa compreensão, cito o seguinte julgado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 13.454/00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. JUIZ DE PAZ. ELEIÇÃO E INVESTIDURA. SIMULTANEIDADE COM AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO. PREVISÃO NO ART. 117, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. (...) JUIZ DE PAZ. COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS. PROCESSAR AUTO DE CORPO DE DELITO. LAVRAR AUTO DE PRISÃO. RECUSA DA AUTORIDADE POLICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. 8. Lei estadual que define como competências funcionais dos juizes de paz o processamento de auto de corpo de delito e a lavratura de auto de prisão, na hipótese de recusa da autoridade policial, invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. (...) JUIZ DE PAZ. PRERROGATIVAS. PRISÃO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. DIREITO ASSEGURADO PELO ART. 112, § 2º, DA LOMAN [LC 35/75]. 11. Lei estadual que prevê em benefício dos juizes de paz o recolhimento a prisão especial invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. Direito já assegurado pelo art. 112, § 2º, da LOMAN [LC nº 35/75]. 12. Ação direta julgada parcialmente procedente. (ADI 2938/MG, Relator o Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 9/12/05). Sendo a matéria de competência da União, é de ser observada a legislação nacional, em especial, o Código de Processo Penal, que não promove delimitação taxativa ao período de aplicação da medida de prisão preventiva. Em verdade, as disposições do CPP são no sentido de que a prisão preventiva se vincula – para sua decretação e continuidade – à critérios que não são temporais, mas sim materiais: a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (art. 312, do CPP). A volatilidade da prisão preventiva, portanto, está vinculada às razões que a justificam (provisionalidade da medida), de modo que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (art. 316, do CPP). Embora, portanto, seja medida por assim dizer dinâmica, passível a qualquer tempo de revogação, a norma nacional não pretendeu – nem autorizou – a estipulação de

prazo limítrofe para aquela espécie de decisão. Em verdade, por construção jurisprudencial, a única limitação temporal traçada à prisão preventiva é o princípio da razoável duração do processo, cuja análise é sempre associada aos elementos fáticos do caso concreto, nunca por definição prévia e peremptória de prazo. Nesse sentido são os julgados: *HABEAS CORPUS*. DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. SÚMULA 691/STF. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO DO CURSO DO PROCESSO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. 1. (...) 3. A segregação do paciente por 6 anos, sem que sequer tenha previsão para a data de seu julgamento pelo Tribunal do Júri, é incompatível com o princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXVIII). A segregação cautelar durante o curso da ação penal é tomada no pressuposto implícito de que o processo tenha curso normal e prazo razoável de duração, o que, aliás, é direito fundamental dos litigantes (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678/92, art. 7º). 4. *Habeas corpus* concedido para que o paciente seja colocado em liberdade, com a ressalva de que fica o Juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, as medidas diversas da prisão (art. 319 do CPP), com a determinação, ainda, para que (a) o juízo de origem designe, desde logo, data para realização da sessão de julgamento pelo Plenário do Júri; e (b) o Superior Tribunal de Justiça imprima celeridade ao julgamento do AREsp 498.285. (HC 131715/MG, Relator o Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 1/8/17)

*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PRISIONAL CONFIGURADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. (...) 2. Embora a razoável duração do processo não possa ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto, diante do decurso de mais de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses sem que o paciente, preso preventivamente, tenha sido julgado em primeiro grau e sem que tenha dado causa à demora, não se sustenta a manutenção da constrição cautelar. 3. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito, mas com a concessão da ordem de ofício, para colocação em liberdade do paciente, sem prejuízo de aplicação, se for o caso, das medidas cautelares diversas da prisão pelo magistrado de primeiro grau. (HC 124707/SP, Relatora a Min. Rosa Weber, Primeira Turma,

DJe de 26/2/16) O que se extrai da lei federal, portanto, não é – nem mesmo em esforço interpretativo o mais sedimentado em direitos e garantias fundamentais – qualquer forma de autorização a que se defina, de modo peremptório, o prazo de duração da prisão preventiva, de modo que a incursão da lei estadual nesse tema faz exsurgir sua inconstitucionalidade seja por invasão da esfera de competência da União, seja por afronta às normas federais sobre o tema versado. Pelo exposto, concedo a medida cautelar pleiteada *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia da lei estadual nº 7917/18. Por fim, por razões de celeridade processual, solicito, desde já, as informações à requerida, no prazo de 10 dias (art. 12 da Lei nº 9.868/99). (ADI nº 5.949-MC, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 28.5.2018)

5. Nas informações prestadas, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro defendeu a constitucionalidade da lei impugnada e asseverou que *“a Lei fluminense nº 7.917/2018 não restringe o período de prisão provisória. A fim de constatar-se o que ora se afirma, basta ler-se com atenção. O diploma limita a permanência do preso provisório nas unidades do sistema penitenciário fluminense, determinando, se ultrapassado o prazo nele previsto, a entrega do preso provisório – o qual, evidentemente, continuará provisoriamente preso – aos cuidados do Poder Judiciário. (...) O assunto ora submetido à elevada apreciação desse Colendo Tribunal é, exclusivamente, tema de Direito Penitenciário. (...) O que a Lei fluminense ora impugnada fez, com estrito fundamento no art. 24, § 2º, da Constituição da República, foi garantir que o sistema penitenciário estadual cumpra, da melhor forma possível, sua função essencial: a execução de decisões penais condenatórias transitadas em julgado, sem prejuízo, destaque-se, de garantir-se por tempo assaz razoável, a manutenção de presos provisórios em claríssima sobrecarga do sistema”* (fls. 2-4, e-doc. 18).

6. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido formulado, em parecer cuja ementa foi redigida nos termos a seguir:

Direito processual penal. Lei nº 7.917/2018 do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece prazo máximo de permanência de preso provisório em unidades integrantes do Sistema Penitenciário Estadual. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Ofensa ao art. 22, inciso I, da Constituição da República. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pela procedência do pedido formulado pela requerente (e-doc. 21)

7. A Procuradora-Geral da República opinou pela procedência do pedido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI ESTADUAL Nº 7.917/2018. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMANÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO NAS UNIDADES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO PREVENTIVA. EXIGÊNCIA DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO PARA MANUTENÇÃO DA PRISÃO. MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART. 22-I DA CONSTITUIÇÃO. NORMA COM NATUREZA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. 1. A prisão preventiva constitui uma das modalidades de medida cautelar previstas no Código de Processo Penal, vocacionada resguardar a regular tramitação das fases pré-processual e processual, possuindo evidente natureza processual penal. 2. Usurpa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal lei estadual que estipula limitação temporal à prisão preventiva e exige que, decorrido o prazo, o magistrado apresente novas razões para a manutenção da prisão cautelar. Afronta ao art. 22-I da Constituição. Parecer pela procedência do pedido.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei nº 9.868/1999 c/c o inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

**25/10/2019**  
**PLENÁRIO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949 / RIO DE JANEIRO**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. O processo está instruído com as informações dos órgãos dos quais proveniente a lei estadual impugnada e com os pronunciamentos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República. Converto o julgamento do referendo da medida cautelar em definitivo de mérito, procedimento que vem sendo adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por economia processual. Assim, por exemplo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO



DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. 2. Instituição de feriado somente a bancários e economiários, sem discrimen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida. 3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal reconhecida. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018)

*Da legitimidade ativa ad causam*

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB é legitimado ativo para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.

Consolidou-se o entendimento de que a legitimidade para o ajuizamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade por confederações sindicais e entidades de classe (inc. IX do art. 103 da Constituição da República c/c inc. IX do art. 2º da Lei nº 9.868/1999) pressupõe: *a*) caracterização como entidade de classe ou sindical decorrente da representação de categoria empresarial ou profissional (ADI nº 4.294-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 5.9.2016); *b*) abrangência ampla desse vínculo de representação, exigindo-se que a entidade represente toda a categoria, não apenas fração (ADI nº 5.320-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJe 7.12.2015); *c*) caráter nacional da representatividade aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos nove Estados brasileiros (ADI nº 4.230-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 14.9.2011); *d*) pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto da impugnação (ADI nº 4.722-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 15.2.2017).

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.303/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, o Plenário deste Supremo Tribunal decidiu:

**EMENTA: (...) PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR, PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES,**

*AD REFERENDUM* DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (ADI nº 1.127-8). (DJ 1º.9.2000)

Confirmam-se também os precedentes a seguir: ADC nº 12-MC, Relator o Ministro Carlos Britto, Plenário, DJ 1º.9.2006; ADI nº 396, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 5.8.2005; ADI nº 2.608-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 3.4.2013; ADI nº 5.486, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJ 14.2.2019.

3. *Reconheço a legitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB para o ajuizamento da presente ação direta pelo caráter nacional e pela pertinência temática entre as finalidades da Associação e o objeto de impugnação nesta ação, ainda que não se limite a interesse corporativo.*

#### *Mérito: inconstitucionalidade formal e material*

4. A controvérsia instaurada na presente ação direta consiste em averiguar a alegada inconstitucionalidade da Lei fluminense nº 7.917, de 16.3.2018, “*que dispõe sobre a permanência de preso provisório em qualquer das unidades do Sistema Penitenciário Estadual*”, por apontado vício de competência legislativa privativa da União para deflagrar processo legislativo sobre direito processual penal, na forma disposta no inc. I do art. 22 da Constituição da República.

5. Nos arts. 22 a 24 da Constituição da República foi traçado o sistema de repartições de competências legislativas e administrativas das unidades políticas da federação brasileira, consagrando-se, em lição de José Afonso da Silva, “*o núcleo do conceito de Estado Federal*” (*Comentário contextual à Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 260).

Fernanda Dias Menezes de Almeida ensina sobre a repartição de competências como elemento garantidor da harmonia entre os entes federativos:

Sob outro visio, a partilha de competência afigura-se um imperativo do federalismo para a preservação do relacionamento harmônico entre a União e Estados-membros. Sim, porque a não delimitação das atribuições do conjunto e das partes, que devem coexistir e atuar simultaneamente, tornaria inevitavelmente conflituosa

sua convivência, pondo em risco o equilíbrio mútuo que há de presidir a delicada parceria a que corresponde, em última análise, a Federação. (*Competências na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 29)

No inc. I do art. 22 da Constituição da República se previu a competência privativa da União para legislar sobre direito processual:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Raul Machado Horta leciona sobre a competência privativa da União:

(...) a competência legislativa incorpora os preceitos declaratórios e autorizativos da competência geral na legislação federal, através da lei e da norma jurídica, sob o comando privativo da União Federal, por intermédio dos órgãos de manifestação da vontade legislativa. Daí a correspondência entre as atribuições de competência geral e as da competência de legislação, sem a qual a competência geral permaneceria um corpo inerte, sem ação e sem vontade. A correspondência entre as duas competências às vezes se exterioriza na coincidência vocabular das expressões, como se dá na repetição de atribuições (...), com idênticas palavras ou com expressões equivalentes, e quando a correspondência não se exteriorizar de forma ostensiva irá ela alojar-se no inciso mais genérico da competência legislativa federal, abrigando-se no amplo conteúdo do direito material e do direito processual (art. 22, I), que poderá absorver na legislação codificada ou não codificada as atribuições da Federação, situadas na competência geral do Estado soberano. (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 351)

Francesco Carnelutti esclarece que a norma jurídica processual consiste na “*norma jurídica que disciplina a atividade do juiz e das partes para a realização do direito objetivo e para a composição dos conflitos de interesses não regulados pela norma material; norma jurídica que atribui poderes e impõe deveres ao juiz e aos seus auxiliares, e às partes e aos auxiliares destas, para o acerto das normas jurídicas, para a execução dos comandos jurídicos e para a composição de conflitos de interesses ainda não compostos em relação jurídica*” (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. Primo. Padova: CEDAM, 1986. p. 184).

José Frederico Marques explica ser o direito processual penal “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”. (*Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 20)

6. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.896, de minha relatoria, o Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade formal de lei estadual pela qual se tratava de persecução penal, por ser competência privativa da União legislar sobre direito processual penal, nos termos do inc. I do art. 22 da Constituição da República.

Naquele julgamento, discutia-se a possibilidade de instituição pelos Estados federados de prerrogativa prevista no art. 221 do Código de Processo Penal para os delegados de polícia, sem respaldo na Constituição da República ou na legislação.

Ressaltou-se que a persecução penal, na qual inseridos o inquérito policial e a ação penal, é regida por norma processual penal e compete privativamente à União editá-la, como disposto no inc. I do art. 22 da Constituição da República. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, INC. IV, DA LEI SERGIPANA Nº 4.122/1999, QUE CONFERE A DELEGADO DE POLÍCIA A PRERROGATIVA DE AJUSTAR COM O JUIZ OU A AUTORIDADE COMPETENTE A DATA, A HORA E O LOCAL EM QUE SERÁ OUVIDO COMO TESTEMUNHA OU OFENDIDO EM PROCESSOS E INQUÉRITOS. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. É competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I, da Constituição da República). 2. A persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal. (ADI nº 3.896, da minha relatoria, Plenário, DJ 7.8.2008)

7. Este Supremo Tribunal afirmou ser competência reservada à União a edição de leis sobre as espécies de prisões e a competência da magistratura. Confira-se a ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.938:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 13.454/00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. JUIZ DE PAZ. ELEIÇÃO E INVESTIDURA. SIMULTANEIDADE COM AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO. PREVISÃO NO ART. 117, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. (...) JUIZ DE PAZ. COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS. PROCESSAR AUTO DE CORPO DE DELITO.

LAVRAR AUTO DE PRISÃO. RECUSA DA AUTORIDADE POLICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. 8. Lei estadual que define como competências funcionais dos juízes de paz o processamento de auto de corpo de delito e a lavratura de auto de prisão, na hipótese de recusa da autoridade policial, invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. (...) JUIZ DE PAZ. PRERROGATIVAS. PRISÃO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. DIREITO ASSEGURADO PELO ART. 112, § 2º, DA LOMAN [LC nº 35/75]. 11. Lei estadual que prevê em benefício dos juízes de paz o recolhimento a prisão especial invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. Direito já assegurado pelo art. 112, § 2º, da LOMAN [LC nº 35/75]. 12. Ação direta julgada parcialmente procedente. (Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 9.12.2005)

8. Na espécie em exame, além de inexistir delegação da União ao Estado do Rio de Janeiro a autorizá-lo a legislar sobre prazo de duração de prisão preventiva e estabelecimento de trâmite processual para o caso de se extrapolar o prazo determinado, a competência legislativa da União foi plenamente exercida.

Nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal foram previstos os critérios relacionados às circunstâncias fáticas ocorridas no curso do processo para indicação da prisão preventiva, sem se estabelecer limite temporal máximo de duração, diferente do que se tem para a prisão em flagrante e temporária:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III dos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ausente nesses dispositivos legais menção ao prazo de duração da prisão preventiva, ressaltando-se, naquele dispositivo (art. 316 do Código de Processo Penal) a possibilidade de revogação da prisão se não subsistir o motivo que ensejou a decretação e a possibilidade de nova prisão se sobrevierem razões que a justifiquem.

No lapso temporal vigente entre a decretação da prisão preventiva e respectiva revogação, o investigado deve permanecer sob custódia do sistema penitenciário competente.

9. Na decisão monocrática exarada, o Ministro Dias Toffoli, então Relator da presente ação, deferiu a medida cautelar *ad referendum* do Plenário, assentando:

A volatilidade da prisão preventiva, portanto, está vinculada às razões que a justificam (provisionalidade da medida), de modo que “o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do

processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. (art. 316, do CPP).

Embora, portanto, seja medida por assim dizer dinâmica, passível a qualquer tempo de revogação, a norma nacional não pretendeu – nem autorizou – a estipulação de prazo limítrofe para aquela espécie de decisão.

Em verdade, por construção jurisprudencial, a única limitação temporal traçada à prisão preventiva é o princípio da razoável duração do processo, cuja análise é sempre associada aos elementos fáticos do caso concreto, nunca por definição prévia e peremptória de prazo (fl. 5, e-doc. 14).

10. O regime jurídico das prisões e suas espécies são regidos pelas normas de direito processual penal. A prisão caracteriza-se como instrumento processual para efetivação da prestação jurisdicional, em que as espécies (flagrante, temporária ou preventiva) têm finalidades, tempo e funções próprias determinadas em legislação nacional.

É matéria processual que recebe tratamento normativo uniforme e nacional, sob pena de a persecução penal ser exercida diversamente nas unidades federadas e tratar-se de modo diferente presos preventivos a depender da localidade em que for decretada a prisão, em inegável afronta ao sistema de repartição de competências previstas na Constituição da República.

O legislador estadual é incompetente para dispor sobre o prazo máximo do recolhimento do investigado em prisão preventiva e eventual extrapolação desse prazo.

11. O Advogado-Geral da União asseverou que *“o regime jurídico das prisões, pela sua ostensiva importância para a realização da finalidade do processo penal, também é matéria que deve ser disciplinada em legislação de origem federal. (...) Consta-se que a lei impugnada realmente dispôs sobre direito processual e que, ao promulgá-lo, o Estado do Rio de Janeiro incorreu em afronta à regra de competência veiculada pelo artigo 22, inciso I, da Lei Maior”* (fls. 8-14, e-doc. 21).

12. A Procuradoria-Geral da República proferiu parecer nos seguintes termos:

(...) tratando-se de instituto vocacionado a assegurar a efetividade do processo, não há dúvida de sua natureza processual. A definição de regras sobre o regime de prisão preventiva, com limitação de prazo e exigência de novas fundamentações pelos magistrados, possui evidente caráter processual, matéria reservada à competência legislativa privativa da União (CF, art. 22-I). (...) é evidente a necessidade de tratamento uniforme e nacional a respeito do tema, sob pena de os presos preventivos de diferentes estados estarem

submetidos a regimes diversos e de a persecução penal do Estado ser exercida diferentemente em cada unidade da Federação. Não há dúvida, portanto, de que a Lei nº 7.917/2018 do Estado do Rio de Janeiro invadiu campo reservado expressamente pela Constituição à atividade legislativa da União (fls. 6-7, e-doc. 23).

13. Ao regular matéria que não se insere em seu espaço de competências constitucionais, o Estado do Rio de Janeiro invadiu competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal e conferiu tratamento diverso do disposto nas normas nacionais sobre prisão preventiva e seu regime jurídico, em evidente inconstitucionalidade.

14. Pelo exposto, *converto o julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito para julgar procedente a presente ação direta e declarar inconstitucional a Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro.*

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS**

**ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO**

**INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

### **VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Atendem para os procedimentos relativos ao itinerário processual das ações trazidas à apreciação deste Tribunal. Nada obstante a iniciativa em prol da racionalidade no regular andamento dos trabalhos do Pleno, cuja atividade judicante tem sido sobremaneira dificultada pela invencível avalanche de processos, tem-se por premissa inafastável, considerada a formalização de processo objetivo, a impropriedade de o Supremo pronunciar-se, não em ambiente presencial, mas no dito Plenário Virtual, quando há o prejuízo da organicidade do Direito, do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna.

Faço a observação reiterando, por dever de coerência, ser o Colegiado – órgão democrático por excelência – somatório de forças distintas, cujo resultado pressupõe colaboração, cooperação mútua entre os integrantes, quadro de todo incompatível com a deliberação em âmbito eletrônico.



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949 / RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS**

**ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO**

**INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em face da Lei nº 7.917, de 16 de março de 2018, do Estado do Rio de Janeiro, que “dispõe sobre a permanência de preso provisório nas unidades do Sistema Penitenciário Estadual” nos seguintes termos:

Art. 1º É de 180 (cento e oitenta) dias o tempo máximo de permanência de preso provisório em qualquer das unidades integrantes do Sistema Penitenciário Estadual.

Art. 2º Vencido o prazo constante ao art.1º, o preso será apresentado e entregue ao juízo da Vara de execuções Penais para as providências que entender cabíveis, inclusive o recolhimento às carceragens existentes nas diversas instalações do Tribunal de Justiça.

Art. 3º Não será permitido o retorno ao Sistema Penitenciário Estadual de preso provisório com base nas mesmas fundamentações anteriores.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

De acordo com a petição inicial, a lei estadual, ao dispor sobre o prazo de permanência de presos provisórios em unidades do Sistema Penitenciário Estadual, usurpou a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal (CF, art. 22- I).

Em sede cautelar, o Ministro Dias Toffoli deferiu o pedido, *ad referendum* do Plenário, para suspender os efeitos da lei fluminense, ao afirmar que o regramento sobre as espécies de prisão é matéria de caráter processual (CF, art. 22-I), “sendo certo que o elemento temporal a ser considerado na aplicação de cada prisão é a elas intrínseco e, por isso, também processual”. Destacou que o Código de Processo Penal não estabelece critérios temporais, mas materiais para a determinação da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução

criminal e asseguramento da aplicação da lei penal. Ressaltou que a única limitação temporal desenvolvida pela construção jurisprudencial refere-se à observância do princípio da razoável duração do processo. (eDoc 14)

A PGR manifestou-se pela procedência do pedido, nos seguintes termos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI ESTADUAL Nº 7.917/2018. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMANÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO NAS UNIDADES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO PREVENTIVA. EXIGÊNCIA DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO PARA MANUTENÇÃO DA PRISÃO. MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART. 22-I DA CONSTITUIÇÃO. NORMA COM NATUREZA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. 1. A prisão preventiva constitui uma das modalidades de medida cautelar previstas no Código de Processo Penal, vocacionada resguardar a regular tramitação das fases pré-processual e processual, possuindo evidente natureza processual penal. 2. Usurpa a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal lei estadual que estipula limitação temporal à prisão preventiva e exige que, decorrido o prazo, o magistrado apresente novas razões para a manutenção da prisão cautelar. Afronta ao art. 22-I da Constituição. Parecer pela procedência do pedido (eDoc 23).

A Ministra Cármen Lúcia, agora Relatora, votou pela conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito para julgar procedente a presente ação direta e declarar inconstitucional a Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro, pois “ao regular matéria que não se insere em seu espaço de competências constitucionais, o Estado do Rio de Janeiro invadiu competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal e conferiu tratamento diverso do disposto nas normas nacionais sobre prisão preventiva e seu regime jurídico, em evidente inconstitucionalidade”.

Efetivamente, verifica-se que a legislação estadual invadiu competência privativa da União para legislar sobre matéria processual (art. 22, I, CF), de modo que se impõe a declaração da inconstitucionalidade.

Contudo, embora acompanhe a Relatora, devo ressaltar ponto pertinente. A fixação de limites temporais à imposição de prisão cautelar é medida adequada e razoável, em respeito à presunção de inocência e ao direito ao julgamento em prazo razoável. Em direito comparado, verifica-se que a regra é a imposição de limites máximos à segregação cautelar, como Alemanha, Itália, Portugal, Uruguai, entre outros. Inclusive, o Projeto de Novo CPP (PLS 156/09 e PL 8.045/10) prevê o estabelecimento

de limites temporais a prisões cautelares, conforme os graus de jurisdição a que o processo é submetido.

Portanto, embora se verifique a inconstitucionalidade da legislação estadual por violação aos limites de competência privativa em matéria processual, no mérito ressalto a importância do debate sobre prazos e limites às prisões processuais.

Diante do exposto, acompanho a Relatora para julgar procedente a presente ação direta e declarar inconstitucional a Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro, com as ressalvas aqui expostas.

É como voto.

## PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.949**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

**REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS**

**ADV.(A/S): ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077/DF, 53357/GO)**

**INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito para julgar procedente o pedido formulado na ação direta e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Relatora. Plenário, Sessão Virtual de 18.10.2019 a 24.10.2019.

**Composição:** Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário



Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 492.964 / MATO GROSSO DO SUL  
(2019/0039940-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: RODRIGO MARCON SANTANA**

**ADVOGADO: RODRIGO MARCON SANTANA - PR038413**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**PACIENTE: ERCILIO PRIVIATELI**

**EMENTA**

PROCESSO PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL. JÚRI. ART. 427 DO CPP. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. INDEFERIMENTO. COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS NÃO VERIFICADA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. NECESSIDADE. MATÉRIA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do art. 427 do CPP, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existem aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

3. A mera presunção de parcialidade dos jurados em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o deferimento da medida excepcional do desaforamento da competência.

4. Para rever o entendimento do Tribunal de origem de que não existem os requisitos que autorizam o desaforamento, seria necessário o exame aprofundado do contexto fático-probatório, inviável neste via eleita.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 03 de março de 2020. (data do julgamento)

### MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 492.964 / MATO GROSSO DO SUL (2019/0039940-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: RODRIGO MARCON SANTANA**

**ADVOGADO: RODRIGO MARCON SANTANA - PR038413**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**PACIENTE: ERCILIO PRIVIATELI**

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ERCILIO PRIVIATELI, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e pronunciado pela prática, em tese, das condutas descritas nos arts. 121, § 2º, incisos II e IV, e 347, parágrafo único, ambos do Código Penal.

A defesa ajuizou pedido de desaforamento perante o TJMS, o qual foi indeferido, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA – PEDIDO DE DESAFORAMENTO – HOMICÍDIO QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL – ALEGAÇÃO DE QUE NOTÍCIAS JORNALÍSTICAS TERIAM EXERCIDO INFLUÊNCIA NEGATIVA SOBRE A IMAGEM DO REQUERENTE, TORNANDO IMPARCIAL O JULGAMENTO DO CONSELHO DE SENTENÇA NA COMARCA DE ORIGEM – INOCORRÊNCIA – MATÉRIAS MUDIÁTICAS QUE FORAM VEICULADAS HÁ MAIS DE 2 ANOS – INEXISTÊNCIA DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO FORO DE JULGAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI – PEDIDO INDEFERIDO.

Verificada a ausência de elementos concretos que demonstrem o efetivo prejuízo decorrente de matérias divulgadas pela mídia local a respeito do caso, não há falar em desaforamento do julgamento, que tem caráter excepcional, por ser regra fundamental a de que o réu seja julgado no distrito da culpa. (e-STJ fl. 113)

Neste *writ*, alega o impetrante que, “em 28/04/2016, o Paciente foi julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Três Lagoas/MS. Nesta ocasião, após manifesta influência de juízo de condenação do juiz presidente do plenário, o Paciente foi condenado por homicídio qualificado a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. Todavia, a condenação foi anulada pela 1ª Seção Criminal, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio de embargos infringentes. Ocorre que as informações da condenação anulada foram utilizadas pelo Ministério Público quando concedeu entrevista para a imprensa local, ainda que o processo tramitasse sob sigilo de justiça. O Representante do Ministério Público concedeu entrevista a diversos órgãos de comunicação, onde narrou com detalhes todo o trâmite processual, as provas produzidas e a condenação do Paciente” (e-STJ, fls. 6-7).

Aduz, outrossim, que “a entrevista concedida pelo representante do Ministério Público, teve como efeito contaminar o ânimo da sociedade de Três Lagoas, tendo em vista que já ficou decidido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que o estigma da demora do processo não pode ser atribuído à Defesa como forma de desmerecer o mister advocatício. Da forma posta na entrevista, criou-se na sociedade de Três Lagoas/MS um verdadeiro clima de hostilidade contra a Defesa, retirando a honorabilidade dos advogados ao ocuparem o seu mister no plenário do

Tribunal do Júri. Da mesma forma que houve a anulação do julgamento em razão das palavras ditas pelo douto Magistrado contra a Defesa, as afirmações do douto representante do Ministério Público contra a Defesa e contra o Paciente, estão a repercutir de forma negativa, gerando na sociedade o sentimento de se voltar contra o Paciente em seu julgamento, o que vem caracterizar a necessidade imperiosa do desaforamento” (e-STJ, fl. 10).

Ao final, requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para que seja suspenso o processo com julgamento pelo Júri marcado para o dia 27/3/2019 e deferido o pedido de desaforamento do julgamento para Comarca diversa.

A liminar foi indeferida (e-STJ, fls. 137-138).

Informações prestadas às fls. 142--181 e 220-240 (e-STJ), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 188-196).

Manifestação do impetrante às fls. 197-215 (e-STJ).

Às fls. 244-251 (e-STJ), o impetrante apresenta pedido de tutela provisória com o intuito de suspender a sessão do Júri marcada para 12/2/2020, tendo sido o pedido indeferido (e-STJ, fls. 253-255).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 492.964 / MATO GROSSO DO SUL (2019/0039940-0)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: RODRIGO MARCON SANTANA**

**ADVOGADO: RODRIGO MARCON SANTANA - PR038413**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**PACIENTE: ERCILIO PRIVIATELI**

#### EMENTA

PROCESSO PENAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL. JÚRI. ART. 427 DO CPP. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. INDEFERIMENTO. COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS NÃO VERIFICADA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. NECESSIDADE. MATÉRIA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o



não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do art. 427 do CPP, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existem aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

3. A mera presunção de parcialidade dos jurados em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o deferimento da medida excepcional do desaforamento da competência.

4. Para rever o entendimento do Tribunal de origem de que não existem os requisitos que autorizam o desaforamento, seria necessário o exame aprofundado do contexto fático-probatório, inviável neste via eleita.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

## VOTO

### EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Em relação à matéria tratada nos autos, o Tribunal de origem entendeu que:

Extrai-se dos autos que o acusado foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos II e IV, e artigo 347, parágrafo único, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, em relação à vítima José Cícero de Oliveira.

(...)

Em decorrência de tais fatos, no dia 28/04/2016, foi realizado o primeiro julgamento no Tribunal do Júri daquela comarca, no qual o acusado restou condenado pelo crime de homicídio qualificado à pena de 14 anos de reclusão, bem como a 06 meses de detenção e 20 dias-multa pelo delito de fraude processual, com o cumprimento

de pena em regime inicialmente fechado, reconhecendo-se a prescrição retroativa em relação ao último delito (fls. 1933-1937 dos autos originários).

Entretanto, a defesa do requeinte interpôs recurso de apelação, sustentando a ocorrência de nulidade do julgamento pela falta de intimação da defesa para o sorteio dos jurados e pela inclusão de jurados titulares e suplentes na convocação em desacordo com a legislação, a inclusão fora de pauta e por convocação de jurados em número inferior ao previsto em lei e influência exercida pelo magistrado presidente em sessão plenária anterior, requerendo, ainda, a anulação do julgamento por contrariedade às provas dos autos (fls. 1.966-2.001 dos autos originários).

A Colenda 2ª Câmara Criminal deste E. Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento ao recurso, restando vencido o voto do eminente Des. Ruy Celso B. Florence (fls. 2069-2094 dos autos originários).

Interpostos embargos infringentes pela defesa, estes restaram providos, por unanimidade, pela Colenda 1ª Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça, que reconheceu a nulidade do julgamento decorrente da influência dos jurados por argumento proferido pelo magistrado presidente do Júri, determinando-se a realização de novo julgamento pelo Tribunal Popular (fls. 2159-2167 dos autos originários).

Diante dessa decisão, o novo julgamento foi redesignado para o dia 24/10/2018 (fls. 2246-2247 dos autos originários).

Repercussão de notícias veiculadas na mídia, mormente com entrevistas dadas pelo representante do órgão ministerial, influem negativamente contra o requerente, maculando assim, a imparcialidade dos jurados.

A fim de demonstrar a existência de efetivo prejuízo na imparcialidade dos jurados, apresentou matérias jornalísticas para subsidiar seu pedido em fls. 14-33.

Contudo, é cediço que meras alegações acerca da gravidade do delito e a repercussão que o mesmo apresenta não constituem elementos hábeis a consubstanciar a necessidade de desaforamento dos autos.

Elucida Guilherme de Souza Nucci que o desaforamento “trata-se da decisão jurisdicional que altera a competência inicialmente fixada pelos critérios constantes do art. 69 do Código de Processo Penal, com aplicação estrita no procedimento do Tribunal do Júri”

(“Manual de processo penal e execução penal”. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 703).

Neste contexto, é cediço que o desaforamento, como medida excepcional que é, em razão de modificar a competência em razão do lugar, só deve ser aplicado quando presentes um dos motivos elencados nos artigos 427 e 428 do Código de Processo Penal, quais sejam: o interesse de ordem pública; dúvida sobre a imparcialidade do júri; falta de segurança pessoal do acusado; e quando o julgamento não for realizado no prazo de seis meses, contado da preclusão da decisão de pronúncia, desde que comprovado o excesso de serviço e evidenciado que a demora não foi provocada pela defesa.

Destarte, vislumbro ausentes quaisquer das hipóteses supracitadas, de forma que, a mera invocação de que as repercussões midiáticas - previsíveis em crimes dessa natureza, diga-se de passagem - afetam negativamente a imagem da defesa e do requerente, por si só, não constitui elemento hábil a configurar a concreta necessidade de desaforamento dos autos.

Vale destacar que tais notícias foram veiculadas pela mídia quando do primeiro julgamento no Tribunal do Juri, que ocorreu no dia 28/04/2016, ou seja, há mais de 02 anos, sendo que, notícias mais recentes publicadas no ano passado informam apenas a respeito da prisão do requerente, enfraquecendo assim, a tese defensiva de que tais matérias jornalísticas ainda afetariam a sociedade e, conseqüentemente, os jurados.

Nesse sentido, trago à baila as razões invocadas pelo douto magistrado singular ao prestar suas informações às fls. 46-58:

*(...) as particularidades do caso concreto não se amostam propícias para acarretar a comoção social necessária para eventual contaminação da sociedade apta a interferir no ânimos dos jurados a serem sorteados para a composição do futuro Conselho de Sentença que julgará o caso, pois os fatos ocorreram há muito tempo e tratam de delito com gravidade normal para o tipo penal, envolvendo pessoas sem expressiva notoriedade no local, sendo de se destacar ainda que esta cidade conta com uma população de aproximadamente 120.000 (cento e vinte mil) habitantes, o que torna extremamente improvável a alegação de que os juízes de fato que sequer se sabe quem serão estarão com ânimo influenciado negativamente em relação ao réu.*

Dessa feita, considerando a excepcionalidade do desaforamento, somada a inexistência de qualquer comprovação a respeito do aludido prejuízo à imparcialidade dos jurados, tenho que o indeferimento é medida que se impõe, mormente diante da ausência dos pressupostos elencados nos artigos 427 e 428, ambos do Código de Processo Penal (e-STJ, fl. 117-118, grifou-se).

Conforme preceituam os arts. 69 e 70 do Código de Processo Penal, a competência será, via de regra, determinada pelo lugar em que se consumou a infração ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Ocorre que, em se tratando dos crimes de competência do Tribunal do Júri, poderá haver a alteração dessa competência inicialmente fixada, ou seja, uma derrogação para outra comarca da mesma região (desaforamento), com previsão nos artigos 427 e 428 do CPP (com redação dada pela Lei nº 11.689/2008) que, respectivamente, preceituam:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existem aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz-presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

No caso dos autos, verifica-se que o impetrante requereu o desaforamento ao argumento de que há manifesto comprometimento da imparcialidade do Júri da Comarca de Três Lagoas/MS, especialmente pela ampla divulgação por parte da acusação da condenação do Paciente nos meios de comunicação, além do ataque a defesa técnica, imputando-lhe a responsabilidade pelo atraso do julgamento, que segundo o Ministério Público decorre de “manobras e artimanhas” utilizadas pela defesa.

Pois bem.

Na origem, o acórdão atacado assentou a ausência das hipóteses previstas nos arts. 427 e 428 do CPP e que “a mera invocação de que as repercussões midiáticas - previsíveis em crimes dessa natureza, diga-se de passagem - afetam negativamente a imagem da defesa e do requerente, por si só, não constitui elemento hábil a configurar a concreta necessidade de desaforamento dos autos” (e-STJ, fl. 117).

Assim, razão não assiste ao impetrante, na medida em que não foram demonstrados os requisitos do art. 427 do CPP, pois a mera presunção de parcialidade dos jurados em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o deferimento da medida excepcional do desaforamento da competência.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

*HABEAS CORPUS. JÚRI. REQUISITOS DO DESAFORAMENTO. AUSÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE RISCO AO JULGAMENTO. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NECESSIDADE. MATÉRIA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIO NA INTIMAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE PUBLICAÇÃO EM TEMPO HÁBIL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DESAFORAMENTO. EXCESSO DE SERVIÇO E DEMORA DA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. RÉU FORAGIDO. JÚRI AGUARDANDO O SEU RECOLHIMENTO PARA ACONTECER. NÃO CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART. 428 DO CPP.*

1. O desaforamento é medida excepcional, cabível apenas quando comprovada por fatos objetivos e concretos a parcialidade do Conselho de Sentença, o que não ocorreu no caso, conforme o salientado pelo Colegiado estadual, que não vislumbrou o comprometimento do resultado do veredicto, mesmo tendo a magistrada de primeiro grau manifestado em favor da modificação.
2. Assim, inviável a alteração do foro diante da carência de demonstração concreta dos requisitos elencados pelo artigo 427 do Código de Processo Penal, quais sejam: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri ou dúvida acerca da segurança pessoal do acusado.
3. Ademais, o exame do contexto fático-probatório realizado pela instância ordinária impede que esta Corte, em sede de *habeas corpus*, proceda a inversão do decidido, porque isso resultaria na incursão dos elementos de prova.
4. O alegado cerceamento de defesa por vício de intimação não restou demonstrado porque os autos comprovam que efetivamente o pedido de desaforamento foi pautado e o advogado do paciente foi intimado, em tempo hábil, para a sessão de julgamento, inclusive, por prazo bem superior ao previsto na legislação pertinente.
5. O pedido de desaforamento baseado na hipótese do art. 428 do Código de Processo Penal deve demonstrar a existência de demora injustificada, porquanto o entendimento desta Corte é no

sentido de se aplicar a regra da razoabilidade sempre que diante de eventual excesso de prazo da instrução.

6. *In casu*, não o aventado excesso imotivado, porquanto o procedimento transcorreu dentro da normalidade, o julgamento do júri está apto a acontecer, bastando o cumprimento do mandado de prisão, já que o réu encontra-se foragido.

7. Ordem denegada. (HC 364106, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 2/2/2017, DJE 10/2/2017).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DESAFORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MERO CLAMOR PÚBLICO, PRESTÍGIO DO COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. NÃO *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O desaforamento é autorizado, mediante comprovação calcada em fatos concretos, quando o interesse da ordem pública o reclamar ou quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou, ainda, sobre a segurança pessoal do acusado.

3. A simples presunção de parcialidade dos jurados pela divulgação dos fatos pela mídia, bem como pela alegação vaga e genérica do prestígio da vítima e a comoção social gerada pelo crime na comunidade, sem qualquer embasamento empírico acerca do comprometimento da imparcialidade dos membros que comporão a lista do Tribunal do Júri, não são suficientes para a adoção da medida excepcional do desaforamento de competência.

4. A inexistência de comprovação empírica acerca dos requisitos autorizadores do desaforamento, atrelada à data da prática do crime, em 25/6/2003, ou seja, há mais de quatorze anos, demonstram a ausência de efetiva comprovação acerca da quebra da imparcialidade dos jurados a justificar a medida de alteração territorial da competência.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 336.085/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 15/08/2017)

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESAFORAMENTO. DÚVIDA QUANTO À PARCIALIDADE DOS JURADOS. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. Nos termos do art. 427 do Código de Processo Penal, se o interesse da ordem pública o reclamar ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não subsistam tais motivos, com preferência daquela mais próxima.

2. A eventual repercussão que o delito tenha causado na localidade e a costumeira movimentação dos parentes da vítima constituem atitudes normais em crimes de grande gravidade - notadamente em casos como este, em que a vítima era um adolescente que, à época, tinha apenas 14 anos de idade -, de modo que não justificam, por si sós, o desaforamento do julgamento.

3. A simples presunção de que os jurados poderiam ter sido influenciados por ampla divulgação do caso pela mídia e a mera suspeita acerca da parcialidade dos jurados não justificam a adoção dessa medida excepcional.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 210.693/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

No caso dos autos, não se faz presente a comprovação acerca do comprometimento da imparcialidade dos jurados, como defende o impetrante, não merecendo respaldo, ainda, a alegação de que o desaforamento se justifica pela veiculação de novas matérias na imprensa local.

Conforme ponderado Juiz da 1ª Vara Criminal de Três Lagoas/MS:

No caso específico dos autos além de não estarem reunidas as circunstâncias acima apontadas, as particularidades presentes *in casu* são diametralmente opostas a elas, pois, (A) o crime é de gravidade comum para os delitos dolosos contra a vida; (B) trata-se de delito cometido há mais de 11 (onze) anos; (C) datam de quase 03 (três) anos os fatos mencionados neste HC, quais sejam, a condenação, a entrevista concedida pelo Promotor de Justiça e os noticiários em sites da internet; (D) réu e vítima não são pessoas de destaque na sociedade três-lagoense, e; (E) seguindo os padrões estaduais, Três Lagoas não é uma cidade pequena, aliás, é a terceira mais populosa do Estado, e inclusive é Comarca

de Entrância Especial, que conta com uma população estimada em aproximadamente 120.000 (cento e vinte mil) habitantes, conforme informação disponível no sítio eletrônico do IBGE <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/tres-lagoas/panorama>>, que está altamente industrializada, com pessoas do Brasil e até do exterior vindo para cá morar, estudar e trabalhar (e-STJ, FL. 159).

Demais disso, para rever o entendimento do Tribunal de origem de que não existem os requisitos que autorizam o desaforamento, seria necessário o exame aprofundado do contexto fático-probatório, o que se sabe, inviável neste via eleita.

Ilustrativamente:

*HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, DO CP). PLEITO DE DESAFORAMENTO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO FEITO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE COMOÇÃO SOCIAL E DE PARCIALIDADE DOS JURADOS. DESCENDÊNCIAS DIFERENTES. INFLUÊNCIA DA FAMÍLIA DA VÍTIMA. CONJECTURAS, SUPOSIÇÕES E ALEGAÇÕES VAGAS. IMPARCIALIDADE DOS JURADOS NÃO DEMONSTRADA. OPINIÃO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. RELEVÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE CONFIGURAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

1. A simples presunção de parcialidade dos jurados pela divulgação dos fatos pela mídia, bem como pela alegação vaga e genérica do prestígio da vítima e a comoção social gerada pelo crime na comunidade, sem qualquer embasamento empírico acerca do comprometimento da imparcialidade dos membros que comporão a lista do Tribunal do Júri, não são suficientes para a adoção da medida excepcional do desaforamento de competência. Precedente.

2. Para rever a conclusão taxativa das instâncias ordinárias de que não existem os requisitos fáticos que autorizariam o desaforamento pretendido, seria necessário o exame aprofundado do contexto fático-probatório, providência que não se coaduna com esta via. Precedentes.

3. Esta Corte já decidiu que a opinião do Magistrado de primeiro grau, cujo contato direto com os fatos permite uma melhor verificação da necessidade do desaforamento, tem papel fundamental na análise de pedidos dessa natureza. Precedente.



4. Ordem denegada. Liminar cassada.

(HC 413.086/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 11/05/2018)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO, EMBRIAGUEZ AO DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR E VELOCIDADE EXCESSIVA PERTO DE LOCAL COM EXPRESSIVA CONCENTRAÇÃO DE PESSOAS. PEDIDO DE DESAFORAMENTO JULGADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REQUISITOS DO DESAFORAMENTO. AUSÊNCIA. COLEGIADO DE ORIGEM OBSTOU A ALTERAÇÃO. ENTENDIMENTO OUTRO. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. NECESSIDADE. MATÉRIA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O desaforamento é medida excepcional, cabível apenas quando comprovada por fatos objetivos e concretos a parcialidade do Conselho de Sentença, o que não ocorreu no caso, conforme o salientado pelo Colegiado estadual, que não vislumbrou o comprometimento do resultado do veredicto, em decorrência da inexistência de elementos hábeis a macular a isenção dos jurados.

3. Inviável a alteração do foro diante da carência de demonstração concreta dos requisitos elencados pelo artigo 427 do Código de Processo Penal, quais sejam: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri ou dúvida acerca da segurança pessoal do acusado.

4. No caso, o exame do contexto fático-probatório realizado pela instância ordinária suficientemente valorou a controvérsia apresentada, sendo que considerações outras, em prol da inversão do decidido pela origem, demandaria, necessariamente, acurada incursão nos elementos em que se arrimaram as instâncias ordinárias, inviável em sede de *habeas corpus*.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 290.666/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 24/04/2014)

Dessa forma, não se vislumbra constrangimento ilegal passível de ser reparado por este Superior Tribunal.

Ante o exposto, *não conheço do habeas corpus.*

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

**Número Registro: 2019/0039940-0**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC nº 492.964 / MS**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00066877620078120021 082018002088882  
14108153720188120000 66877620078120021 82018002088882**

**EM MESA**

**JULGADO: 03/03/2020**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA**

**Secretário**

**Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: RODRIGO MARCON SANTANA**

**ADVOGADO: RODRIGO MARCON SANTANA - PR038413**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**PACIENTE: ERCILIO PRIVIATELI**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).



# **HABEAS CORPUS Nº 556.629 / RIO DE JANEIRO (2020/0003064-2)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**KÁTIA VARELA MELLO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## **EMENTA**

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. ARMA BRANCA. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

4. Considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetorial desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "*Habeas Corpus*" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 03 de março de 2020. (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 556.629 / RIO DE JANEIRO (2020/0003064-2)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**KÁTIA VARELA MELLO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais o pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 16-25).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos de reclusão, mantido o regime prisional inicialmente fechado, mais o pagamento de 10 dias-multa. O aresto restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. ARTIGO 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, OU QUE O AUMENTO SE DÊ NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO); A PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE DA REINICIDÊNCIA E O ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIGURADAS, TENDO O ACUSADO, EM SEU DEPOIMENTO EM JUÍZO, CONFESSADO A PRÁTICA DELITIVA, O QUE FOI CORROBORADO PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA QUE NARROU COM RIQUEZA DE DETALHES O ROUBO SOFRIDO MEDIANTE O EMPREGO DE UMA FACA, BEM COMO, RECONHECEU PESSOALMENTE O ORA ACUSADO E, AINDA, DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA, POLICIAL MILITAR, QUE LOGROU ÊXITO EM PRENDER O ORA ACUSADO NA POSSE DA RES SUBTRAÍDA E DA FACA EMPREGADA NA SUBTRAÇÃO. INVIABILIDADE DA FIXAÇÃO DA PENA BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. NECESSÁRIA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO INSERTA NO INCISO I DO §2º DO ARTIGO 157 DO CP, HAJA VISTA QUE APESAR DO CRIME TER SIDO COMETIDO MEDIANTE O EMPREGO DE UMA FACA, TEM-SE QUE COM A INOVAÇÃO DADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL PELO ARTIGO 4º DA LEI Nº 13.654/2018, CRIOU-SE UMA NOVA FIGURA TÍPICA E ESPECÍFICA, MEDIANTE A INTRODUÇÃO DA ELEMENTAR ARMA DE FOGO, OCORRENDO A *ABOLITIO CRIMINIS* PARA AQUELAS SITUAÇÕES EM QUE SE ADMITIA O CONCEITO GENÉRICO DE “ARMA”, PARA FINS DE RECRUDESCIMENTO DA PENA NO CRIME DE ROUBO, QUE NÃO MAIS PODERÃO SER UTILIZADOS, SOB PENA DE OFENSA AOS MAIS COMEZINHOS PRINCÍPIOS PENAIIS. DE OUTRO GIRO, COMO

BEM FUNDAMENTADO PELO ILUSTRE MAGISTRADO DE PISO, SÃO DESFAVORÁVEIS AO RÉU ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, UMA VEZ QUE FOI UTILIZADA UMA FACA DURANTE A SUBTRAÇÃO, O QUE FAZ INCUTIR NA VÍTIMA MAIOR PODER INTIMIDATÓRIO, DIMINUINDO SOBREMANEIRA SUA CHANCE DE REAÇÃO, DENOTANDO-SE UMA MAIOR REPROVABILIDADE E GRAVIDADE NA CONDUTA, NÃO SE VISLUMBRANDO, NESTE ASPECTO, O ALEGADO *BIS IN IDEM*, EIS QUE TAL CIRCUNSTÂNCIA FOI SOMENTE VALORADA NA PRESENTE FASE. INVIABILIDADE DA PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. É CEDIÇO QUE NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA DEVEM SER VALORADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES E CONFORME PRECEITUA O ARTIGO 67 DO CP, QUE PRECONIZA QUE NO CONCURSO DE AMBAS, A PENA DEVE APROXIMAR-SE DO LIMITE INDICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES, ENTENDENDO-SE COMO TAIS AS QUE RESULTAM DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO CRIME, DA PERSONALIDADE DO AGENTE E DA REINCIDÊNCIA. NESSE PASSO, NÃO SE OLVIDA QUE TANTO A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COMO ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SÃO IGUALMENTE PREPONDERANTES, O QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO ENTRE ELAS, TAL COMO PROCEDIDO PELO DIGNO MAGISTRADO DE PISO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA FIXÁ-LA EM 05(CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGAL. CONSIDERANDO O MONTANTE DA PENA ARBITRADA E SENDO O ACUSADO REINCIDENTE, ADEQUADA A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEU CUMPRIMENTO INICIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 33, §2º, ALÍNEA "A" DO CÓDIGO PENAL. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, BEM COMO, A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 44 E 77 DO CÓDIGO PENAL. A DETRAÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 387, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO MODIFICARÁ O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO MODIFICADA (e-STJ, fls. 30-31).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista "a fundamentação inidônea e o desproporcional aumento da pena base na fração de 1/4 em razão de apenas uma circunstância negativada, em descompasso com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ, fl. 4).



Aduz, ainda, que a arma imprópria não pode mais ser reconhecida como causa especial de aumento de pena, não sendo, do mesmo modo, razoável, sua utilização para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria em fração maior que 1/8 ou 1/6.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja redimensionada a pena imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 43-44), o Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão de *habeas corpus* de ofício (e-STJ, fls. 57-68).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 556.629 / RIO DE JANEIRO (2020/0003064-2)**

**RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**KÁTIA VARELA MELLO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

#### **EMENTA**

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. ARMA BRANCA. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de

individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

4. Considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetorial desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

[...] O acusado é reincidente, como se percebe de sua FAC às fls. 64/69, o que será apreciado na fase seguinte. Vale destacar que não obstante à revogação da causa de aumento de pena do § 2º, inc. I do art. 157 do CP (uso de arma branca no roubo), pela Lei nº 13.654/18, não há impeditivo de que tal fato seja relevado pelo Julgador nesta primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância do crime. A bem da verdade, é inequívoco o maior poder de intimidação daquele elemento que, ao invés de simplesmente proferir a grave

ameaça, faz uso de uma faca apontando-a para a vítima no momento em que exige a entrega de seus pertences. Por tais razões, fixo a pena-base, consideravelmente acima de seu mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Tal como se depreende da FAC acostada às fls. 64/69, o acusado ostenta condenação pretérita transitada em julgado no ano de 2017 (apontamentos no 1 da FAC, às fls. 66), logo, dentro do interregno de cinco anos previsto no art. 64, I, do CP, enquadrando-se, portanto, no conceito de reincidência técnica. Por outro lado, o acusado confessou integralmente a prática delitiva quando de seu interrogatório, fazendo jus à circunstância atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP. Deste modo, procedo à compensação das circunstâncias legais e mantenho inalterada a pena intermediária. À míngua de quaisquer outras circunstâncias que ensejem a sua modificação, torno a reprimenda definitiva nos limites acima. (e-STJ, fls. 23-24)

[...] Nesse diapasão, necessário salientar, como bem fundamentado pelo ilustre magistrado de piso, que são desfavoráveis ao réu às circunstâncias judiciais, uma vez que foi utilizada uma faca durante a subtração, o que faz incutir na vítima maior poder intimidatório, diminuindo sobremaneira sua chance de reação, denotando-se uma maior reprovabilidade e gravidade na conduta, não se vislumbrando, neste aspecto, o alegado *bis in idem*, eis que tal circunstância foi somente valorada na presente fase.

Todavia, vislumbro que o *quantum* de 1/2 (metade) empregado para a majoração da pena base se mostrou demasiadamente exacerbado, devendo ser aplicada na hipótese a fração de 1/4 (um quarto).

Prosseguindo-se na análise dos pleitos, a Defesa postula o reconhecimento da preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência.

Conforme se constata da Folha de Antecedentes Criminais (arquivo 000088), vê-se que o acusado ostenta duas anotações, sendo a primeira anotação com trânsito em julgado, apta a configurar a circunstância agravante da reincidência específica.

É cediço que na segunda fase da dosimetria da pena devem ser valoradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e conforme preceitua o artigo 67 do CP, que preconiza que no concurso de ambas, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Nesse passo, não se olvida que tanto a circunstância agravante da reincidência como atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, o que autoriza a compensação entre elas, tal como procedido pelo digno magistrado de piso.

Ante a nova situação fática do caso concreto, passo a nova individualização da pena.

Condenação: Artigo 157, *caput*, do Código Penal Na primeira fase, verificando as circunstâncias judiciais, previstas no disposto do artigo 59 do Código Penal, constata-se que o acusado é reincidente e ostenta bons antecedentes (arquivo 000088). Todavia, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, uma vez que foi utilizada uma faca durante a subtração, o que faz incutir na vítima maior intimidação, diminuindo sobremaneira sua chance de reação, denotando-se uma maior reprovabilidade e gravidade na conduta, razão pela qual majoro a pena base na fração de 1/4 (um quarto), firmando-a em 05 (cinco) anos de reclusão.

Entretanto, mantenho a pena de multa arbitrada no valor mínimo de 10 (dez) dias-multa, tal como fixada pelo magistrado *a quo*, tendo em vista a ausência de recurso ministerial neste sentido e sendo vedada a *reformatio in pejus*.

Na segunda fase, constatam-se as circunstâncias agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea, compensando-as entre si, razão pela qual torno a pena base em intermediária, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na terceira fase, não se observa a presença de causas de aumento e/ou de diminuição da pena, firmando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal. (*e-STJ, fls. 37-39*)

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente

possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido no acórdão ora impugnado.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (ARMA BRANCA). REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL).*

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio* (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal).

3. O delito foi praticado com emprego de arma branca – punhal –, situação não mais abrangida pela majorante do roubo, cujo dispositivo de regência foi recentemente modificado pela Lei nº 13.654/2018, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

4. Diante da *abolitio criminis* promovida pela lei mencionada e tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, de rigor a aplicação da *novatio legis in mellius*, excluindo-se a causa de aumento do cálculo dosimétrico.

5. “[...] embora o emprego de arma branca não se subsuma mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, pode eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora pelas instâncias ordinárias” (AgRg no AREsp nº 1.351.373/MG, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/2/2019, DJe 19/2/2019), como ocorreu no caso.

6. O paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa. O regime prisional foi estabelecido com arrimo no art. 33, § 3º, do CP, tendo em vista o exame desfavorável das circunstâncias do art. 59 do CP.

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 489.818/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/4/2019, DJe 6/5/2019, grifou-se.)

Na hipótese, conforme se observa, a Corte Estadual, ao reformar a sentença condenatória, exasperou a pena-base em 1/4, analisando como circunstância judicial desfavorável a utilização de faca na empreitada criminosa, de modo a impingir maior temor à vítima, diminuindo a chance de reação. Ressalta-se que por ocasião do julgamento já havia entrado em vigor a Lei nº 13.654/2018, que revogou expressamente o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse contexto, não se constata nenhuma ilegalidade na consideração do emprego de arma como circunstância judicial desfavorável.

Contudo, resta evidenciada flagrante ilegalidade no tocante ao *quantum* de aumento realizado na primeira fase da dosimetria.

Isto porque, considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetorial desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à primeira fase da dosimetria, passa-se à nova análise da pena aplicada ao paciente.

Reconhecida como desfavorável uma circunstância judicial e readequado o aumento, deve a pena ser majorada em 9 meses, restando estabelecida em 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa, na primeira etapa do critério dosimétrico. Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea e a agravante da reincidência, e tendo sido realizada a compensação integral entre elas, resta a reprimenda inalterada. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, resta a reprimenda definitiva fixada em 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

Ante o exposto, *não conheço do writ*, mas *concedo habeas corpus*, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

É o voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

**Número Registro: 2020/0003064-2**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC nº 556.629 / RJ**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 005085702018 02631503620188190001 2631503620188190001  
5085702018**

**EM MESA**

**JULGADO: 03/03/2020**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA**

**Secretário**

**Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

### **AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**KÁTIA VARELA MELLO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu ‘*Habeas Corpus*’ de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).





## Jurisprudência Cível

• • •

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.655.796 / MATO GROSSO (2017/0038074-1)**

**RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

**RECORRENTE: CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**REPR. POR: MARLI ISABEL TIECHER - LIQUIDANTE**

**ADVOGADOS: NELSON JOSÉ GASPARELO E OUTRO(S) - MT002693B**

**PAULO RICARDO GODOY AZEVEDO FERREIRA - MT021445**

**RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA. POSTO DE GASOLINA. COMBUSTÍVEL. MARCA COMERCIAL. COMERCIALIZAÇÃO. BANDEIRA DIVERSA. MATRIZ E FILIAL. ESTABELECIMENTOS. AUTONOMIA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. CONTRAPROPAGANDA. ARTS. 56, INCISO XII, E 60 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Ainda que possuam CNPJ diversos e autonomia administrativa e operacional, as filiais são um desdobramento da matriz por integrar a pessoa jurídica como um todo.
3. Eventual decisão contrária à matriz por atos prejudiciais a consumidores é extensível às filiais.
4. A contrapropaganda visa evitar a nocividade da prática comercial de propaganda enganosa ou abusiva.
5. A existência de dívida ilíquida excepciona o princípio da universalidade do juízo recuperacional.
6. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2020. (Data do Julgamento)

**MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.655.796 / MATO GROSSO (2017/0038074-1)**

**RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

**RECORRENTE: CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**REPR. POR: MARLI ISABEL TIECHER - LIQUIDANTE**

**ADVOGADOS: NELSON JOSÉ GASPARELO E OUTRO(S) - MT002693B**

**PAULO RICARDO GODOY AZEVEDO FERREIRA - MT021445**

**RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto por CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PROPAGANDA ENGANOSA - POSTO DE COMBUSTÍVEL - DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CONTRAPROPAGANDA - ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA MATRIZ - REDIRECIONAMENTO PARA A FILIAL - POSSIBILIDADE - AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS - NÃO CONFIGURADA - A DECISÃO JUDICIAL ALCANÇA TODOS OS ESTABELECIMENTOS DA EMPRESA - RECURSO DESPROVIDO.

*A matriz e a filial, com CNPJ diversos, não formam várias pessoas jurídicas, mas apenas uma só, composta por unidades integrantes da mesma empresa. Dessa forma, havendo decisão judicial contrária à matriz, que, no caso, encerrou suas atividades comerciais, a*

determinação se estende à filial. Não há, pois, falar em autonomia entre as duas unidades. (e-STJ fl. 188 - grifou-se.)

Na origem, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso propôs ação civil pública (processo nº 18248.64.2007.8.11.0041) contra a empresa matriz CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA. *pela prática de propaganda enganosa por ter comercializado marca de combustível diversa da sua bandeira, que era da "Texaco", restando condenada entre os anos de 2003 e 2004 a exibir na fachada do prédio comercial, pelo período de 13 (treze meses), em letreiro de fácil visualização e nos mesmos locais em que constavam os símbolos da marca que*

*(...) Esta empresa foi condenada judicialmente, em ação proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, por ter comercializado combustíveis de marcas diversas da bandeira que ostentava entre os anos de 2003 e 2004, o que caracteriza PUBLICIDADE ENGANOSA*

*(...)*

*4-3 exibirem em todas as bombas de combustíveis do Castoldi Auto Posto 10 Ltda., por treze meses ininterruptos, às suas expensas, aviso em folha tamanho A4, margens de 2 cm, letra Arial tamanho 38 e espaço entre linhas de 1,5 com o mesmo texto transcrito no item anterior, nos moldes da página anexa a esta decisão. (e-STJ fl.191 - grifou-se.)*

Ao ser intimada para cumprir a sentença, a empresa executada (matriz) Castoldi Auto Posto 10 Ltda. (CNPJ 03.244.374/0001-40) alegou, por meio de embargos de declaração (e-STJ fls. 32-39), ter entrado em recuperação judicial (e-STJ fl. 43), requerendo a substituição da condenação pela publicação da sentença em jornal de grande circulação.

Ao julgar os aclaratórios, rejeitados, o Juízo primevo da Vara Especializada em Ação Civil Pública e Ação Popular manteve incólume a medida judicial que determinou o cumprimento da ordem pela empresa filial do grupo empresarial localizada na cidade de Várzea Grande/MT (situada na Avenida Couto Magalhães, nº 2.561, Bairro Centro) em virtude do encerramento das atividades da empresa matriz, nos seguintes termos:

*(...) O requerido alega que não é possível cumprir a condenação consistente em contrapropaganda a ser veiculada em seu estabelecimento, pois este teve sua atividade encerrada nesta capital e não foi transferido para o município de Sorriso/MT como pretendiam e, atualmente, está em recuperação judicial.*

Por outro lado, o Ministério Público informa que a requerida possui dois estabelecimentos em pleno funcionamento neste Estado, um deles na vizinha cidade de Várzea Grande que, como bem ponderou, forma um aglomerado urbano junto a esta Capital.

Pois bem. A contrapropaganda é medida imposta nos casos de veiculação de publicidade inverídica ou abusiva, que busca anular ou compensar os efeitos nocivos da publicidade lícita. A finalidade, portanto, é corrigir o desvio cometido na publicidade antijurídica e evitar que seu uso se torne prática recorrente, produzindo reflexos negativos no comportamento do consumidor.

Para que esta finalidade seja alcançada, a contrapropaganda deve ser cumprida de modo a atingir o maior número possível de consumidores que foram expostos a publicidade antijurídica.

Dessa forma, tenho que a publicação da condenação em jornais de grande circulação não produzirá efeitos idênticos ao da contrapropaganda, sendo insuficiente para substituir a condenação imposta na sentença.

Importante consignar que a contrapropaganda não é medida para denegrir a imagem do fornecedor ou de seu produto, mas direito do consumidor em ter conhecimento da prática antijurídica realizada pela empresa e as sanções que sofreu em decorrência dessa conduta.

Assim, considerando que a empresa pertencente a requerida, instalada no município de Várzea Grande, desenvolve a mesma atividade daquela que foi encerrada nesta Capital, tratando-se de filial, tem-se que a medida apresentada pelo Ministério Público é a que poderá atingir, de forma eficaz ao consumidor, a finalidade da contrapropaganda.

Diante do exposto, conheço dos embargos para julgá-los improcedentes, permanecendo a sentença como foi publicada. Por consequência, e considerando que o juiz não está adstrito a nenhuma formalidade para determinar a realização da contrapropaganda, visando reparar o ilícito cometido e os valores lesados, determino que a condenação referente à contrapropaganda imposta na sentença seja cumprida na empresa da requerida (filial) situada na Avenida Couto Magalhães, nº 2.561, Bairro Centro, Várzea Grande/MT, no prazo de trinta (30) dias (...). (e-STJ fls. 23-24 - grifou-se.)

Irresignados, MARLI ISABEL CASTOLDI e CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA. (em recuperação judicial - e-STJ fls. 52-58) interpuseram agravo de instrumento em desfavor da decisão ao argumento de que o posto de gasolina situado na cidade de Várzea

Grande/MT (filial) sequer teria sido parte na lide principal, além de possuir bandeira da Petrobras, diversa da matriz, reiterando a impossibilidade de cumprir a sentença.

O Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo hígida a decisão interlocutória, nos termos da ementa já transcrita e da seguinte fundamentação:

*(...) Após detida análise dos autos, constatei que, não obstante a autorização fornecida pela ANP, para o Castoldi Auto Posto 10 Ltda., localizado nesta cidade de Cuiabá/MT, tenha sido revogada, as demais filiais da empresa Castoldi continuam em plena atividade.*

A Cláusula Primeira da 11ª (décima primeira) alteração do Contrato Social da empresa Castoldi (fls. 84/91) não deixa dúvidas acerca de que o posto de combustível, localizado na Avenida Couto Magalhães, nº 2561, Bairro Centro, com o nome fantasia de Posto 10 Várzea Grande, é filial de número 02 (dois) do Grupo, embora possua registro cadastral (CNPJ) distinto.

*Pelo que se verifica da cópia do Contrato Social, e suas respectivas alterações, juntados aos autos, a empresa não encerrou sua atividade empresarial, uma vez que mantém duas filiais, sendo uma na cidade de Várzea Grande/MT, e outra na cidade de Campo Novo dos Parecis/MT.*

*Ao contrário do alegado, portanto, a filial de Várzea Grande/MT pode responder, em sede de cumprimento de sentença, pela a ação ilícita da matriz.*

*Registra-se que, a matriz e a filial, com CNPJ diversos, não formam várias pessoas jurídicas, mas apenas uma só, composta por unidades integrantes da mesma empresa. Dessa forma, havendo decisão judicial favorável, ou contrária à matriz, automaticamente se estende às filiais; logo, não há falar em autonomia entre as duas unidades (...). (e-STJ fls. 192-193 - grifou-se.)*

Os embargos de declaração opostos pelos ora recorrentes (e-STJ fls. 214-227) ao acórdão foram rejeitados (e-STJ fls. 271-278).

O Tribunal local esclareceu, no que interessa, que:

**(...) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PROPAGANDA ENGANOSA - POSTO DE COMBUSTÍVEL - DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CONTRAPROPAGANDA- ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA MATRIZ - REDIRECIONAMENTO PARA A FILIAL - POSSIBILIDADE -**

**AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS - NÃO CONFIGURADA - A DECISÃO JUDICIAL ALCANÇA TODOS OS ESTABELECIMENTOS DA EMPRESA - AÇÃO QUE DEMANDA QUANTIA ILÍQUIDA - AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA - OBSCURIDADE E OMISSÃO NO ACÓRDÃO - VÍCIOS INEXISTENTES – REJEIÇÃO**

Decisão obscura é a decisão a que falta clareza. A alegação de suposto equívoco do acórdão objurgado, no que tange a *ausência de autonomia entre duas unidades (matriz e filial) do mesmo grupo econômico, não configura falta de clareza e de pouca compreensibilidade da redação do decisum recorrido, a ensejar a obscuridade.*

*A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida. Não havendo qualquer omissão no acórdão objurgado, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração. (e-STJ fl. 272 - grifou-se.)*

Marli Isabel Castoldi e Castoldi Auto Posto 10 Ltda. interpuseram recurso especial (e-STJ fls. 283-305) alegando, além de divergência jurisprudencial, a impossibilidade de cumprimento da obrigação de publicização da sentença por meio da afixação de *banners* e cartazes pelo posto filial, que não teria participado da fase cognitiva.

Apontam violação dos artigos 11, 371, 489, inciso IV, § 1º, 505 e 805 do Código de Processo Civil de 2015 e 13 e 29 do Código Penal. Sustentam que no caso dos autos

(...) não é possível a extensão da responsabilidade para outra pessoa que não seja o próprio causador do dano, com o CNPJ próprio e exclusivo, a fim de evitar também a prática de atos executivos desnecessariamente onerosos ao executado, que agora em recuperação judicial se vê numa situação muito complicada. (e-STJ fl. 301)

Reiteram que, *“em observância ao consagrado princípio favor debitoris (art. 805 do CPC), ou princípio da menor onerosidade, que se trata de um dos princípios que norteia a execução, também conhecido como princípio da proporcionalidade”* (e-STJ fl. 300), a medida da publicação em jornal de grande circulação deveria se sobrepôr à contrapropaganda.

Por sua vez, apontam equívoco no tocante à negativa do Tribunal de origem de suspensão da execução da sentença no Juízo da Recuperação Judicial nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

Após as contrarrazões ofertadas pelo Ministério Público Estadual (e-STJ fls. 347-362), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 364-366), com base na seguinte fundamentação:

(...) a partir da provável ofensa aos artigos 11, 371, 489, IV, § 1º, 505 e 805 do CPC/2015, busca-se dirimir se é possível o redirecionamento da condenação de fixação na fachada de banners e cartazes nas bombas de combustível, imposta em Ação Civil Pública a um ponto que teve suas atividades encerradas, às filiais do mesmo grupo, as quais não integravam o polo passivo da demanda, além de possuírem outra bandeira (Petrobras). (e-STJ fl. 365)

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, por meio do seu representante, o Subprocurador da República Rogério de Paiva Navarro, opinou pelo *não provimento do recurso especial* nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PROPAGANDA ENGANOSA. POSTO DE COMBUSTÍVEL. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CONTRAPROPAGANDA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA MATRIZ. REDIRECIONAMENTO PARA A FILIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. (e-STJ fl. 404 - grifou-se.)

É o relatório.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.655.796 / MATO GROSSO (2017/0038074-1)

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA ENGANOSA. POSTO DE GASOLINA. COMBUSTÍVEL. MARCA COMERCIAL. COMERCIALIZAÇÃO. BANDEIRA DIVERSA. MATRIZ E FILIAL. ESTABELECIMENTOS. AUTONOMIA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO. PUBLICIDADE ENGANOSA. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE. CONTRAPROPAGANDA. ARTS. 56, INCISO XII, E 60 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Ainda que possuam CNPJ diversos e autonomia administrativa e operacional, as filiais são um desdobramento da matriz por integrar a pessoa jurídica como um todo.
3. Eventual decisão contrária à matriz por atos prejudiciais a consumidores é extensível às filiais.

4. A contrapropaganda visa evitar a nocividade da prática comercial de propaganda enganosa ou abusiva.
5. A existência de dívida ilíquida excepciona o princípio da universalidade do juízo recuperacional.
6. Recurso especial não provido.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):** A irresignação não merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de redirecionamento a condenação pela prática de propaganda enganosa (arts. 56, XII, e 60 do Código de Defesa do Consumidor) imposta a posto de gasolina matriz à sua filial, que restou obrigada a veicular a contrapropaganda. A empresa matriz foi condenada nos idos de 2003 e 2004 por ter comercializado combustível diverso da sua bandeira oficial.

De início, inviável o acolhimento da pretensão recursal no tocante à alegada ofensa ao artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015. Segundo a recorrente, o Tribunal de origem teria deixado de se pronunciar acerca de temas relevantes suscitados em embargos de declaração. O que se verifica dos autos, entretanto, é que o Tribunal de origem enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, bastando para tanto a leitura da fundamentação de fls. 187-196 e fls. 271-278 (e-STJ).

Registra-se, a propósito, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mormente se resultam implicitamente repelidos por incompatibilidade com os fundamentos contidos na decisão hostilizada, tidos por suficientes para solução da controvérsia.

Do mesmo modo, a falta de prequestionamento dos artigos 11, 371, 505 e 805 do Código de Processo Civil de 2015 e 13 e 29 do Código Penal apontados como violados no recurso especial, a despeito da oposição de declaratórios, impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Passa-se à análise do mérito.

### **(i) da proteção aos consumidores e da possibilidade de contrapropaganda pela filial (artigos 28 e 60 do Código de Defesa do Consumidor)**

A comercialização de produto diverso daquele veiculado em propaganda pela empresa retrata, indubitavelmente propaganda enganosa. É notório que o abastecimento de veículo automotor com combustível diverso daquele adquirido



pode, além de danificar o bem material, causar prejuízos maiores e imprevisíveis, a exemplo de acidentes de trânsito, inclusive com vítimas fatais.

O Direito do Consumidor não se submete ao princípio estrito da territorialidade como deseja o recorrente. É, aliás, salutar a realização mais ampla possível do direito informacional dos consumidores. Assim, ao se cumprir o comando sentencial em comarca contígua à de Cuiabá/MT, toda a comunidade da região, possivelmente atingida, se beneficiará. Na hipótese, não é factível mensurar as vítimas efetivas ou potenciais da conduta ilícita da empresa, consistente na revenda de combustível de outras distribuidoras à época em que mantinha contrato de exclusividade com a bandeira Texaco.

Além de a conduta descrita nos autos caracterizar manifesta infidelidade de bandeira, conduta repreensível em qualquer estado da federação, quiçá da mesma jurisdição, configura também mera lesão à boa-fé do consumidor e ao princípio da confiança.

Conforme enfatizado pelo *Parquet* estadual a:

(...) impossibilidade fática de se exigir que o cumprimento da obrigação seja realizado na matriz de Sorriso, devido à ausência física do estabelecimento comercial naquela cidade, não impede que a providência seja tomada na unidade filial que compõe o mesmo grupo de empresa (e-STJ fl. 138).

Admitir-se que a mera modificação do estabelecimento comercial para outro endereço consubstancie motivo idôneo para que a empresa não obedeça comando judicial estimula condutas dessa natureza, o que não é recomendável, principalmente quando se cuida de consumidores vulneráveis. Assim, não havendo plena extinção da atividade empresarial praticada pela matriz, incumbe às filiais a assunção da responsabilidade subsidiária, como aliás, se afere do teor do art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

*§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. (grifou-se)*

Sob a ótica consumerista é indiferente qual a empresa infratora, incidindo à hipótese a teoria da aparência. O consumidor ao buscar os produtos ofertados, desconhece os meandros empresariais, que não lhe dizem respeito. Como é sabido, *“os integrantes da cadeia de consumo, em ação indenizatória consumerista, também são responsáveis pelo danos gerados ao consumidor, não cabendo a alegação de que o dano foi gerado por culpa exclusiva de um dos seus integrantes”* (AgRg no AREsp 207.708/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 3/10/2013).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. TEORIA DA APARÊNCIA. TEORIA DA CONFIANÇA. EMPRESA NACIONAL QUE SE BENEFICIA DE NOME E MARCA ESTRANGEIRA. RESPONSABILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. CONCEITO DE FORNECEDOR. PRÁTICA ABUSIVA. ARTS. 18, 34 E 39 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 265 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

(...) 2. Extrai-se do acórdão recorrido que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de que, se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelos vícios dos produtos que oferecem, anunciam ou comercializam.

3. Segundo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “não se revela razoável exigir-se que o consumidor, que adquire um produto de marca de renome mundial, como a SONY, tenha ciência de que a empresa SONY BRASIL S/A difere-se da SONY AMERICA INC., sendo possível a aplicação da teoria da aparência”.

4. *À luz do sistema de proteção do consumidor, a teoria da aparência e a teoria da confiança, duas faces da mesma moeda, protegem a segurança jurídica e a boa-fé objetiva dos sujeitos vulneráveis e dos contratantes em geral. Em consequência, atribuem força negocial vinculante à marca mundial em detrimento de ficções contratuais, contábeis ou tributárias que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas transações de consumo e, simultaneamente, embasam – como técnica de defesa judicial contra o consumidor – vulnerável – a fragmentação de pessoas jurídicas em mercado reconhecidamente globalizado.*

5. Quando campanhas publicitárias massivas e altamente sofisticadas são veiculadas de maneira a estimular sentimento, percepção e, correlatamente, expectativas legítimas dos consumidores, de um produto ou serviço único, que dilui e supera fronteiras nacionais – tornando irrelevante o país em que a operação comercial venha a se realizar –, justifica-se afastar a formalidade burocrática do nome do fornecedor ocasionalmente estampado na Nota Fiscal ou no contrato. Desarrazoado pretender que o consumidor faça distinção entre Sony Brasil Ltda. e Sony America Inc. Para qualquer adquirente, o produto é simplesmente Sony, é oferecido como Sony e comprado como Sony.

(...)

7. Em vez de deixar o consumidor à míngua de remédio jurídico e financeiro, compete às empresas integrantes de grupos econômicos com operação mundial, ou regional, prever, em contratos comerciais que celebrem entre si, mecanismos de ressarcimento e compensação recíprocos para hipóteses como a dos autos. Investir maciçamente em marcas mundiais para, logo após, contraditoriamente e em detrimento de sujeitos vulneráveis, usar de artifícios jurídicos vetustos e injustos de uma contratualística ultrapassada (nos planos ético e político) para negar, no varejo dos negócios, o que, com afinco, se pregou a quatro ventos, caracteriza *venire contra factum proprium* (o *proprium* aqui significando a força comum e abrangente da marca globalizada), ou seja, prática abusiva, nos termos do art. 39 do CDC. Não se pode punir o consumidor que acredita em marca globalizada, mundialização essa que é estimulada pelo próprio titular da marca e que a ele favorece.

(...) 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (REsp nº 1.709.539/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 05/12/2018 - grifou-se.)

Desse modo, acolhe-se integralmente a fundamentação exarada na origem pelo Ministério Público Estadual de que,

(...) muito embora a unidade filial esteja vinculada à outra bandeira, esse argumento não deve servir de escusa para a realização da contrapropaganda, visando a atingir, ainda que aproximadamente, os mesmos consumidores que, habitualmente, adquiriram produtos dos postos Castoldi. (e-STJ fl. 140)

A alegação de que a filial não comercializa a marca Texaco não afasta a sua responsabilidade com relação à idoneidade da postura do grupo econômico como um todo.

Desse modo, a filial deve cumprir o comando judicial, de modo a evitar que novas ofensas ao direito consumerista sejam reiteradas. A circunstância de a matriz ter encerrado suas atividades em Cuiabá/MT e sido transferida para o município de Sorriso/MT, onde supostamente ainda penderia de construção um novo posto de combustível, com outra bandeira, não obstaculiza a observância da medida pela filial em prol dos consumidores, seja por inexistência de impedimento para tanto, seja pela importância de se evitar práticas similares.

O argumento de possível perda de faturamento da empresa em virtude da divulgação da mensagem nas fachadas e nas bombas do posto em Várzea Grande/MT não encontra respaldo legal.

Nesse sentido é o teor do acórdão recorrido, cujo excerto ora se transcreve:

(...) Após detida análise dos autos, constatei que, não obstante a autorização fornecida pela ANP, para o Castoldi Auto Posto 10 Ltda., localizado nesta cidade de Cuiabá/MT, tenha sido revogada, as demais filiais da empresa Castoldi continuam em plena atividade.

A Cláusula Primeira da 11ª (décima primeira) alteração do Contrato Social da empresa Castoldi (fls. 84/91) não deixa dúvidas acerca de que o posto de combustível, localizado na Avenida Couto Magalhães, nº 2561, Bairro Centro, com o nome fantasia de Posto 10 Várzea Grande, é filial de número 2 (dois) do Grupo, embora possua registro cadastral (CNPJ) distinto.

Pelo que se verifica da cópia do Contrato Social, e suas respectivas alterações, juntados aos autos, a empresa não encerrou sua atividade empresarial, uma vez que mantém duas filiais, sendo uma na cidade de Várzea Grande/MT, e outra na cidade de Campo Novo dos Parecis/MT.

*Ao contrário do alegado, portanto, a filial de Várzea Grande/MT pode responder, em sede de cumprimento de sentença, pela ação ilícita da matriz.*

*Registra-se que, a matriz e a filial, com CNPJ diversos, não formam várias pessoas jurídicas, mas apenas uma só, composta por unidades integrantes da mesma empresa. Dessa forma, havendo decisão judicial favorável, ou contrária à matriz, automaticamente se estende às filiais; logo, não há falar em autonomia entre as duas unidades (...). (e-STJ fl. 192 - grifou-se.)*

No sentido de que as filiais são um desdobramento da matriz, apesar de possuírem CNPJ diverso, como exarado na origem, já que juridicamente tratam-se da mesma pessoa jurídica, citam-se lições de abalizada doutrina:

(...) A empresa pode ser conceituada sob dois enfoques: o jurídico e o econômico.

Juridicamente a empresa é uma atividade organizada economicamente que se constitui em um fato social, independentemente de sua função mercantil ou não.

Do ponto de vista econômico a empresa enfatiza os atos de comércio. A conceituação econômica de empresa situa-se no campo do exercício de uma atividade. É a ação do empreendedor de exercitar uma atividade econômica que irá dar nascimento a uma empresa.

O estabelecimento comercial, outra coisa não é, senão o instrumento de atividade do empresário, composto de bens corpóreos e incorpóreos.

O Código Civil em seu art. 1.142 assim o conceitua: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

*Fácil de verificar que a sociedade empresária ou simplesmente empresa é que tem a personalidade jurídica para praticar os atos e celebrar negócios. Uma empresa pode ter diferentes estabelecimentos como a matriz, a filial, a sucursal, a agência, o escritório de representação etc.*

(...) É o estabelecimento matriz que elabora a política de desenvolvimento empresarial direcionando as atividades empresariais para os diversos estabelecimentos da empresa.

*Os vários estabelecimentos que formam uma unidade homogênea em torno de uma mesma empresa não se confundem com pessoas jurídicas distintas, apesar da obrigatoriedade de inscrição no cadastro fiscal para fins meramente tributários. Observe-se, no entanto, que a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz, distinguindo-se apenas pelo número do dígito identificador.*

As filiais não têm autonomia para desenvolver atividades econômicas, por si só, independentemente da diretriz traçada pela matriz, nem podem expandir ou diminuir suas atividades, por decisão própria, e nem alienar bens do seu patrimônio, atribuição exclusiva da empresa como um todo representada pelo estabelecimento da matriz (...). (Kiyoshi Harada, Revista Tributária e de Finanças Públicas 2012, RTrib 105 - p. 392-393 - grifou-se.)

(...) Não por outra razão é que Leandro Paulsen pontua com acerto que “a primeira das obrigações acessórias a serem cumpridas por quaisquer pessoas jurídicas, como condição ao seu funcionamento regular, é a inscrição no Cadastro Nacional das Pessoas jurídicas (CNPJ), que substituiu o Cadastro Geral dos Contribuintes (CGC), de que cuidava a Lei nº 5.614/1970 e atos normativos regulamentadores”.

Facilmente se percebe que o ato de inscrição das pessoas jurídicas no CNPJ nada tem a ver com os efeitos do art. 45 do CC/2002, dado que seu fundamento legal refere-se ao cumprimento de obrigações acessórias instituídas pelos órgãos do Ministério da Fazenda a fim de auxiliar a apuração da ocorrência de fatos geradores, garantir maior eficácia à fiscalização e viabilizar a arrecadação dos tributos apurados e constituídos (...).

Vê-se que em nenhum momento a legislação do CNPJ trata matriz-filial como duas pessoas jurídicas distintas, mas tão somente como dois ou mais estabelecimentos distintos (e isto elas o são). Até porque, apenas para citar um exemplo, a apuração do IRPJ é feita a partir da somatória dos lucros auferidos através de filiais e sucursais inclusive daquelas que se encontram domiciliadas no exterior, a fim de que seja estipulado o lucro real a ensejar a tributação sobre a renda. É o que se vê no art. 1º da Lei nº 9.532/1997, o qual dentre outros deixa claro que, mesmo para fins tributários, matriz e filial são estabelecimentos pertencentes a uma única pessoa jurídica, apurando um único IRPJ (...)

Não é demais relembrar que a própria legislação empresarial também não confunde o conceito de pessoa jurídica e o conceito de estabelecimento comercial. Basta observar a disciplina legal acerca do estabelecimento para se concluir que se trata de conceitos diferentes, conforme já se pode notar da leitura do art. 1.142 do CC/2002 (...)

Idêntica inteligência pode ser extraída do art. 969 do CC/2002. Nele, impõe-se o dever de o empresário (individual ou sociedade empresária) informar à respectiva junta Comercial de sua inscrição a constituição de filial, sucursal, agência ou qualquer outro tipo de estabelecimento comercial secundário, seja através de uma mera averbação, caso a filial seja sediada na jurisdição da junta Comercial de seu registro, seja através de uma inscrição na respectiva junta Comercial desde que comprovada a inscrição originária (...)

*Logo, seja na legislação tributária ou na legislação empresarial, o que se verifica é a inexistência de norma legal ou infralegal a atribuir à matriz e filial personalidade jurídica diversa daquela que possui a pessoa jurídica*

*(sociedade empresária) que as instituíram em seus estabelecimentos industriais. Pelo contrário, vê-se a todo instante que a legislação trata matriz e filial como de fato são: estabelecimentos comerciais ou industriais – por definição legal, objeto de direito e não sujeito – através dos quais a pessoa jurídica realizará a atividade empresarial. Nada mais. (Esdras Boccato, A Distinção entre Matriz e Filial no Direito Tributário, Revista Tributária e de Finanças Públicas 2014, Revista dos Tribunais, Ano 22, Volume 115, págs. 275-279 - grifou-se.)*

A mesma conclusão, *mutatis mutandis*, é aferível a partir de precedentes análogos desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND) OU CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA (CPD-EN). DÉBITO EM NOME DA MATRIZ OU DA FILIAL. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E OPERACIONAL. EXISTÊNCIA. AUTONOMIA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA.

1. O entendimento desta Corte Superior era no sentido de que, para fins tributários, cada estabelecimento da pessoa jurídica que possuísse CNPJ individual teria direito à certidão positiva com efeito de negativa em seu nome, ainda que houvesse pendências tributárias de outros estabelecimentos do mesmo grupo – matriz ou filiais –, ao argumento de que cada estabelecimento teria autonomia jurídica-administrativa.

2. O fato de as filiais possuírem CNPJ próprio confere a elas somente autonomia administrativa e operacional para fins fiscalizatórios – para facilitar a atuação da administração fazendária no controle de determinados tributos, como ocorre com o ICMS e o IPI –, não abrangendo a autonomia jurídica, já que existe a relação de dependência entre o CNPJ das filiais e o da matriz.

3. A pessoa jurídica como um todo é que possui personalidade, pois é ela sujeito de direitos e obrigações, assumindo com todo o seu patrimônio a correspondente responsabilidade, sendo certo que as filiais são estabelecimentos secundários da mesma pessoa jurídica, desprovidas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, apesar de poderem possuir domicílios em lugares diferentes (art. 75, § 1º, do CC) e inscrições distintas no CNPJ.

4. Havendo inadimplência contratual, a obrigação de pagamento deve ser imposta à sociedade empresária por completo, não havendo ensejo para a distinção entre matriz e filial, raciocínio a ser adotado também em relação a débitos tributários.

5. O Código de Processo Civil de 2015 tem como fim a ser buscado por todo o Poder Judiciário, expressamente, a coerência de suas decisões, devendo os precedentes e a jurisprudência dos tribunais superiores dar segurança jurídica aos jurisdicionados.

6. Nesse sentido, há que se buscar a pertinência deste julgado com o entendimento do STJ que considera que a empresa deve responder com todo o seu patrimônio por créditos tributários e que não é possível a emissão de certidão de regularidade fiscal em favor de município quando houver débitos em nome de câmara municipal ou tribunal de contas municipal, justamente porque estes, embora possuam CNPJ diversos, não apresentam personalidade jurídica.

7. Agravo interno da Fazenda Nacional provido para conhecer do agravo, dar provimento ao recurso especial do ente fazendário e julgar improcedente o pedido. (AgInt no AREsp nº 1.286.122/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 12/09/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA MATRIZ. PENHORA, PELO SISTEMA BACEN-JUD, DE VALORES DEPOSITADOS EM NOME DAS FILIAIS. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL COMO OBJETO DE DIREITOS E NÃO COMO SUJEITO DE DIREITOS. CNPJ PRÓPRIO DAS FILIAIS. IRRELEVÂNCIA NO QUE DIZ RESPEITO À UNIDADE PATRIMONIAL DA DEVEDORA.

1. No âmbito do direito privado, cujos princípios gerais, à luz do art. 109 do CTN, são informadores para a definição dos institutos de direito tributário, *a filial é uma espécie de estabelecimento empresarial, fazendo parte do acervo patrimonial de uma única pessoa jurídica, partilhando dos mesmos sócios, contrato social e firma ou denominação da matriz. Nessa condição, consiste, conforme doutrina majoritária, em uma universalidade de fato, não ostentando personalidade jurídica própria, não sendo sujeito de direitos, tampouco uma pessoa distinta da sociedade empresária. Cuida-se de um instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades.*

2. A discriminação do patrimônio da empresa, mediante a criação de filiais, não afasta a unidade patrimonial da pessoa jurídica, que, na condição de devedora, deve responder com todo o ativo do patrimônio social por suas dívidas, à luz de regra de direito processual prevista no art. 591 do Código de Processo Civil, segundo a qual “o devedor responde, para o cumprimento de



suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei". (...)

4. A obrigação de que cada estabelecimento se inscreva com número próprio no CNPJ tem especial relevância para a atividade fiscalizatória da administração tributária, não afastando a unidade patrimonial da empresa, cabendo ressaltar que a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz (...)

6. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08. (REsp nº 1.355.812/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013 - grifou-se.)

Nesses termos, o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte.

#### **(ii) da contrapropaganda**

Por sua vez, o Tribunal local assentou a insuficiência da publicação da contrapropaganda em jornais de grande circulação, nos termos da ponderação do juízo de primeiro grau que:

(...) A contrapropaganda é medida imposta nos casos de veiculação de publicidade inverídica ou abusiva, que busca anular ou compensar os efeitos nocivos da publicidade lícita. A finalidade, portanto, é corrigir o desvio cometido na publicidade antijurídica e evitar que seu uso se torne prática recorrente, produzindo reflexos negativos no comportamento do consumidor.

Para que a finalidade seja alcançada, a contrapropaganda dever ser cumprida de modo a atingir o maior número possível de consumidores que foram expostos a publicidade antijurídica.

Dessa forma, tenho que a publicação da condenação em jornais de grande circulação não produzirá efeitos idênticos ao da contrapropaganda, sendo insuficiente para substituir a condenação imposta.

*Assim, apesar de a filial localizada em Várzea Grande/MT ter outra bandeira, diversa daquela do Castoldi Posto 10 de Cuiabá/MT, tal argumento não deve servir de escusa para a realização da contrapropaganda determinada no cumprimento da sentença, sob pena de se inviabilizar a finalidade da determinação, que é atingir, ainda que aproximadamente, os mesmos números de consumidores que, habitualmente, adquirem produtos dos postos de gasolina Castoldi.*

*Registro, ainda, embora a condenada tenha mudado de bandeira, de Texaco para Petrobrás, é possível que tal fato decorreu da própria Ação Civil Pública, para obstar aquela parte da condenação, itens 4.2 e 4.3 da sentença, o que, de certa forma, configura a inexistência do decisum (...). (e-STJ fls. 194-195 - grifou-se.)*

Importante esclarecer que, nesse momento processual, rever a necessidade ou a possibilidade de afixação da contrapropaganda em letreiros, fachadas e nas próprias bombas de combustíveis constantes da condenação desafia a análise do conjunto fático-probatório, o que atrai o teor da Súmula nº 7/STJ.

Contudo, válido assentar que a contrapropaganda, sendo factível, prefere a veiculação em jornais de grande circulação por ter maior efetividade concreta. Ademais, no caso em apreço, tal medida é compatível com a gravidade dos fatos, como acertadamente se afere do parecer do órgão ministerial na origem:

*(...) A rigor, o que o executado POSTO 10 pretende é a modificação do comando jurisdicional, para que sua obrigação de contrapropaganda seja realizada mediante veiculação em jornal, ao invés de constar na fachada e bombas de combustíveis do estabelecimento comercial.*

*A providência, porém, não se justifica in casu, visto que não houve extinção da empresa a ponto de denotar a impossibilidade de cumprimento da obrigação na forma originariamente determinada.*

*De fato, em que pese o executado POSTO 10 – inusitadamente – ainda não tenha se estabelecido no endereço em que, segundo o contrato social, está sediado, não se pode olvidar, contudo, que as suas filiais permanecem em plena atividade.*

*Frise-se que a contrapropaganda é a sanção cominada ao fornecedor que incorre na prática de publicidade enganosa ou abusiva com vistas ao desfazimento do malefício por ela causado, razão porque deve ser realizada da mesma forma, frequência, dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo daquela a que se contrapõe (art. 60 da Lei nº 8.078/90).*

*No caso específico, a publicidade enganosa pela qual o Executado foi condenado ocorreu no estabelecimento matriz que mantinha nesta capital, conforme descrito na exordial (fls. 02/40).*

*Contudo, exigiu-se o cumprimento da obrigação de contrapropaganda no município de Sorriso/MT, conquanto a alteração promovida no contrato social da empresa transferiu para lá a sua sede (fls. 2.685/2.690).*

O Executado, por sua vez, aduz que o novo estabelecimento ainda não foi construído e que, por isso, está impossibilitado de satisfazer a obrigação na forma determinada, quando, na verdade, as filiais que mantém em Várzea Grande e Campo Novo do Parecis/MT se encontram em franco funcionamento.

*Ora, Cuiabá e Várzea Grande constituem um aglomerado urbano e, como tal, é indubitável que seus habitantes e visitantes se valham de ambos os mercados quase que indistintamente, sobretudo, quando se trata de fornecedor presente nas duas localidades e até mesmo em outras regiões do Estado, como é o caso do Executado.*

*Assim, é evidente que a veiculação da contrapropaganda no estabelecimento de Várzea Grande/MT melhor atende à finalidade e aos requisitos dispostos no art. 60 da Lei nº 8.078/90, inclusive, frente à cidade de Sorriso, onde primeiro seria executada por comportar a sede do Executado, mas principalmente, em vista da pretendida veiculação por meio de nota em jornal.*

*Os documentos em anexo denotam a existência e funcionamento daquela filial (DOC. 01), pois, como se vê, ela foi aberta inicialmente em Cuiabá (6ª alteração contratual: 11/04/2005), sendo registrada no CNPJ nº 03.244.374/0003-02, e depois transferida para Várzea Grande (7ª alteração contratual: 04/07/2008), onde se mantém até os dias atuais, consoante a última alteração contratual registrada na JUCEMAT (30/07/2013).*

Também se extrai das certidões emitidas junto à Receita Federal e ANP (DOC. 02) a prova de que o estabelecimento se encontra em atividade, no seguinte endereço: Avenida Couto Magalhães, 2.561, Centro, Várzea Grande-MT.

Diante disso, o MP pugna pela rejeição dos embargos declaratórios e da pretensão de reconhecimento da veiculação em jornal como cumprimento da obrigação de contrapropaganda, e, por outro lado, para que esta seja veiculada no estabelecimento do Executado mantido em Várzea Grande-MT, no endereço acima declinado. (e-STJ fls. 67-68 - grifou-se.)

Não se pode negar o caráter exemplar e pedagógico da medida, que atende às legítimas expectativas do consumidor de boa-fé, sujeito da veiculação de ofertas e publicidade. As informações repassadas ao cliente devem primar pela precisão acerca do produto fornecido ou do serviço prestado.

A contrapropaganda é justamente a sanção prevista para a prática de propaganda enganosa ou abusiva (arts. 56, inciso XII, e 60 do CDC), tendo como um

dos seus intuitos evitar a nocividade causada ao mercado consumidor desse tipo de conduta comercial, como acertadamente motivou o Tribunal local, cujo excerto do acórdão se transcreve:

*(...) Além do mais, as decisões judiciais têm que ser pedagógicas, notadamente no caso deste processo, em que a empresa foi condenada por não agir corretamente, e, com isso, adveio a condenação, que reflete a mudança de comportamento que não resulte em dano ao consumidor. Entre um eventual abalo na credibilidade, já que trocou de fornecedor, há outro lado a ser levado em conta, qual seja, o consumidor, que tem o direito de ter as informações (princípio da transparência). Pode-se vender qualquer coisa, desde que informe sobre o que está vendendo. Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, e mantenho incólume a decisão agravada. (e-STJ fls. 192-195 - grifou-se.)*

Além disso, o Ministério Público Federal, em seu parecer, registrou que, *“embora a condenada tenha mudado de bandeira, de Texaco para Petrobrás, é possível que tal fato”* tenha decorrido *“da própria Ação Civil Pública para obstar aquela parte da condenação, itens 4.2 e 4.3 da sentença (...)”* (e-STJ fl. 410). A condenação está atrelada à necessidade de se evitar lesões dessa natureza, não importando a bandeira assumida pelo posto na atualidade, sob pena de se esvaziar a conduta ilícita em si.

### **(iii) da violação do art. 6º, § 1º da Lei nº 11.101/2015**

Extrai-se do acórdão que proferido nos aclaratórios que

*(...) os Embargantes sustentam a omissão no acórdão, pelo fato de não ter se pronunciado acerca do pedido de suspensão do curso da ação e remessa dos autos para o Juízo da Recuperação Judicial do Grupo Castoldi, em conformidade com o art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.*

Registra-se que tal alegação não coaduna com o § 1º do próprio art. 6º da Lei nº 11.101/2005, que assim dispõe:

*Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*

*§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar **quantia illiquida**.*

Como se vê, a decretação da falência, apesar de instaurar o juízo falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demanda quantia *ilíquida*, contemplando o parágrafo primeiro exceção a regra prevista no caput do dispositivo legal.

*Registra-se que, se a ação (ilíquida) já tiver sido ajuizada antes de decretada a falência, continua tramitando no juízo onde foi proposta; se ajuizada depois, será distribuída normalmente, segundo as regras gerais de competência (Precedente AgRg no Recurso Especial nº 1.471.615/SP) (...)*

Portanto, na espécie, por se tratar de demanda que trata de quantia *ilíquida*, prosseguirá no juízo em que foi processada.

Não se verifica qualquer vício a ser sanado. (e-STJ fls. 275-277 - grifou-se.)

O acórdão supracitado está em sintonia com a legislação pátria e a jurisprudência desta Corte, não havendo falar em violação de matéria federal ou dissídio jurisprudencial, o que atrai o teor das Súmulas nº 284/ e 568/ STJ.

Ademais, o princípio da universalidade do juízo encontra exceções na própria Lei de Recuperação Judicial e Falência, como nas hipóteses em que se demanda quantia *ilíquida* (REsp nº 1.766.412/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 15/02/2019).

Mantém-se, no ponto, incólume o acórdão recorrido.

#### **(iv) do dispositivo**

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA**

**Número Registro: 2017/0038074-1**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**REsp nº 1.655.796 / MT**

**Números Origem: 00304680820168110000 1254732016 182486420078110041  
304682016 800742016**

**PAUTA: 11/02/2020**

**JULGADO: 11/02/2020**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO**

**Subprocurador-Geral da República**

**Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

**Secretário**

**Bel. WALFLAN TAVARES DE ARAUJO**

**AUTUAÇÃO**

**RECORRENTE: CASTOLDI AUTO POSTO 10 LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

**REPR. POR: MARLI ISABEL TIECHER - LIQUIDANTE**

**ADVOGADOS: NELSON JOSÉ GASPARELO E OUTRO(S) - MT002693B**

**PAULO RICARDO GODOY AZEVEDO FERREIRA - MT021445**

**RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO**

**ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR**

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.





Detalhe da imagem da capa



A painting featuring a large, red, braided rope or cord running vertically down the center. The background is a soft, painterly scene of a ship's white sails and masts against a pale blue sky with a few white birds. The bottom of the image shows dark, leafy plants with small red flowers. The overall style is soft and artistic, with visible brushstrokes.

# Noticiário





## MPRJ empossa novos Promotores de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio do seu Conselho Superior, deu posse a novos Promotores de Justiça, aprovados no XXXV Concurso para Ingresso na Classe. Em razão da necessidade de adoção de medidas temporárias para a prevenção ao contágio pelo novo Coronavírus (Covid-19), as cerimônias de posse foram realizadas na modalidade semipresencial, com o auxílio do recurso de videoconferência, transmitidas pela internet através do Portal do MPRJ.

Em solenidade realizada no dia 16 de abril, foram empossados os Promotores de Justiça Vanessa Siqueira Ribeiro e Marcos Vinicius Krause Bierhalz. O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, que presidiu a cerimônia, agradeceu o empenho de cada integrante do Conselho para sua realização.

Estiveram presentes os Procuradores de Justiça Marcelo Daltro Leite, Anna Maria Di Masi e Viviane Tavares Henriques; e, por videoconferência, os Procuradores de Justiça Walberto Fernandes de Lima, Dennis Aceti Brasil Ferreira, Lilian Moreira Pinho, Galdino Augusto Coelho Bordallo e Vera Regina de Almeida. Também presente à reunião por videoconferência a Corregedora-Geral em exercício do MPRJ, Procuradora de Justiça Maria da Conceição Antônio Lopes de Souza Santos.

O Chefe de Gabinete do PGJ, o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis, leu o Termo de Posse, que confirma o compromisso dos aprovados com a função de Promotor de Justiça e o ingresso como membros da instituição. Responsável pelo discurso de boas-vindas aos novos integrantes, a Corregedora-Geral em exercício do

MPRJ, Maria da Conceição Lopes, parabenizou os novos Promotores. Marcos Vinicius Krause Bierhalz leu o Termo de Compromisso perante os presentes, destacando a honra em entrar para a instituição e a esperança em servir à população fluminense da melhor maneira possível. Vanessa Siqueira Ribeiro agradeceu ao PGJ e ao Conselho Superior o empenho na realização da cerimônia de posse, destacando, em seu discurso, o ingresso na instituição em um momento histórico e decisivo. Em seu discurso final, Gussem parabenizou os dois novos Promotores de Justiça pelo ingresso na instituição.



No dia 7 de maio, tomou posse o Promotor de Justiça Raphael Siqueira Neves em solenidade presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem. A leitura do Termo de Posse foi realizada pelo Chefe de Gabinete do PGJ, o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis, e, por videoconferência, o Procurador de Justiça Galdino Augusto Bordallo deu as boas-vindas ao novo membro. Em seu discurso de posse, Raphael Siqueira agradeceu os esforços dos membros do Conselho Superior do MPRJ no sentido de manter, em tempos de pandemia, os concursos de promoção e remoção de membros e, por consequência, as nomeações e posses dos aprovados.

Além dos já citados, também compareceram à cerimônia de posse os Procuradores de Justiça Anna Maria Di Masi e Marcelo Daltro Leite. Também participaram, de forma virtual, os Procuradores de Justiça Dennis Aceti Brasil Ferreira, Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, Viviane Tavares Henriques, Lilian Moreira Pinho, Walberto Fernandes de Lima, Ricardo Ribeiro Martins e Vera Regina de Almeida.

Em cerimônia semipresencial realizada no dia 14 de maio, tomaram posse três novas Promotoras de Justiça: Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino, Rita Cid Varela Madeira Guitti Guimarães e Daniela Reggiani Câmara. A cerimônia foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, acompanhado presencialmente pelos Procuradores de Justiça Anna Maria Di Masi e Marcelo Daltro Leite.



O Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis, leu o Termo de Posse e, por meio de videoconferência, a Procuradora de Justiça Vera Regina de Almeida saudou as três empossadas em nome dos demais membros do Conselho Superior, ressaltando a importância do comprometimento com a unidade institucional e com os objetivos estratégicos do Ministério Público fluminense. Ao iniciar o discurso em nome das três recém empossadas, Laura Guilhermino lembrou da Dra. Jarclea Pereira Gomes, a primeira mulher a ingressar no Ministério Público do antigo Estado do Rio (em 1963), para fazer um paralelo com o fato de, nesta quinta-feira, três mulheres serem empossadas no MPRJ – instituição que atualmente tem maioria feminina entre seus membros. Também participaram, de forma virtual, os Procuradores de Justiça Dennis Aceti Brasil Ferreira, Viviane Tavares Henriques, Lilian Moreira Pinho, Walberto Fernandes de Lima, Galdino Augusto Coelho Bordallo e Ana Cíntia Lazary Serour.

No dia 21 de maio, o MPRJ empossou, por meio do seu Conselho Superior, a Promotora de Justiça Raisa Froufe Gomes. A cerimônia foi realizada com a presença do Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem; da secretária do Conselho Superior, Procuradora de Justiça Ana Maria Di Masi; do Decano do Colegiado, Procurador de Justiça Marcelo Daltro Leite; do Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas, Marfan Martins Vieira; e do Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, Promotor de Justiça Virgílio Stavridis. Os demais integrantes do Conselho participaram de maneira virtual.



Enquanto o Chefe de Gabinete Virgílio Stavridis leu o Termo de Posse da nova Promotora de Justiça, Marcelo Daltro Leite foi o responsável pelo discurso de saudação à mais nova integrante da instituição. Após ler o Termo de Compromisso, Raisa Froufe Gomes enfatizou, em seu discurso de posse, a importância do papel do MPRJ para a sociedade fluminense, em especial sua atuação resolutiva na situação de pandemia em função do Covid-19. O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, finalizou a sessão elogiando o discurso da nova integrante do MPRJ e desejando-lhe sucesso em sua jornada.

No dia 28 de maio, os novos Promotores de Justiça Fernanda Vieira Alteirado, Arthur Soares Silva, Isabella de Azevedo Jordani, Thiago Lozoya Constant Lopes e Isadora Pereira Fortuna tomaram posse em cerimônia presidida pelo Procurador-Geral



de Justiça, Eduardo Gussem. Estiveram presentes os Procuradores de Justiça Marcelo Daltro Leite, Anna Maria Di Masi, Lilian Moreira Pinho, Dennis Aceti Brasil Ferreira, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Viviane Tavares Henriques e Vera Regina de Almeida. Também acompanharam a reunião a Corregedora-Geral em exercício do MPRJ, Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes, e, como convidada, a Procuradora de Justiça aposentada Tereza Henriques.

O Chefe de Gabinete do PGJ, o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis, leu o termo de posse, e o responsável pelo discurso de boas-vindas aos novos integrantes, o Procurador de Justiça Walberto Fernandes de Lima, parabenizou os novos membros. Escolhido para ler o termo de compromisso, Arthur Soares Silva destacou a responsabilidade e a honra de ingressar na instituição que serve à população fluminense. Fernanda Vieira Alteirado salientou em seu discurso o momento histórico e decisivo em que o MPRJ se destaca pelo uso de novas tecnologias na garantia dos direitos fundamentais da sociedade. Em seu discurso final, Gussem parabenizou os novos Promotores de Justiça e reforçou a importância de se inspirarem em exemplos como o da Procuradora de Justiça Tereza Henriques, de dedicação e empenho no trabalho ministerial.

Em solenidade ocorrida no dia 4 de junho, foram empossados os novos Promotores de Justiça Renata Moura Tupinambá e Lucas Caldas Gomes Gagliano. O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, presidiu a cerimônia, acompanhado presencialmente pela Procuradora de Justiça Anna Maria Di Mais e pelo Chefe de Gabinete, o Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stravidis. Gussem também convidou à mesa o Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho, tio de Lucas Gagliano. Por meio de videoconferência, acompanharam a solenidade do Conselho Superior do MPRJ a Corregedora-Geral em exercício do MPRJ, Procuradora de Justiça Maria da Conceição Lopes, e os Procuradores de Justiça Ricardo Ribeiro Martins, Marcelo Daltro Leite, Lilian Moreira Pinho, Dennis Aceti Brasil Ferreira, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Viviane Tavares Henriques, Vera Regina de Almeida e Walberto Fernandes de Lima.



O PGJ destacou sua confiança nos novos membros para buscarem uma sociedade mais justa por meio de suas atuações pelo Ministério Público e aproveitou para relembrar o falecimento da Procuradora de Justiça Ariadne Mitropoulos Esteves, ocorrido três dias antes. A Procuradora de Justiça Lilian Pinho parabenizou os novos Promotores de Justiça, dando-lhes as boas-vindas, e encerrou emocionada sua fala ao lembrar a perda da colega, Procuradora de Justiça Ariadne Esteves. O Promotor de Justiça Lucas Gagliano discursou em nome dos empossados e agradeceu o apoio da família e dos amigos ao longo da vida e durante todo período dedicado a ingressar na instituição. Em seu discurso final, o PGJ parabenizou os novos Promotores de Justiça e reforçou a importância do uso das inovações tecnológicas disponíveis, em especial neste momento em que a aplicação destes recursos se faz necessária.



#### **Discurso de posse da Promotora de Justiça Vanessa Siqueira Ribeiro na íntegra:**

Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem; Exma. Sra. Corregedora Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício, Dra. Maria da Conceição Lopes de Souza Santos; Excelentíssimos Procuradores de Justiça membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; demais membros e autoridades; Ilustres Servidores; queridos familiares e amigos que nos assistem de seus lares: boa tarde!

Início o presente discurso com um profundo agradecimento aos membros deste Conselho Superior por envidarem esforços no sentido da manutenção dos concursos de remoção e promoção de membros, o que viabilizará a nomeação e posse de todos os candidatos aprovados no XXXV concurso de ingresso.

Agradeço ainda pela alteração regimental que viabilizou a presente solenidade de posse no formato semipresencial, em cumprimento às regras de distanciamento social vigentes.



Ingressamos nesta Instituição em um momento de grande desafio, talvez nunca antes vivido por pessoas da nossa geração.

A pandemia do novo Coronavírus escancara problemas históricos do nosso país. Desigualdade socioeconômica, condições precárias de moradia e de trabalho, insuficiência do sistema de saúde público e dos serviços de saneamento básico representam entraves ao isolamento social que se exige em prol da segurança sanitária.

É em momentos de crise, porém, que a sociedade evolui, novas tecnologias são desenvolvidas, pactos são firmados e a solidariedade se torna protagonista.

Vale ressaltar o importante papel que vem assumindo o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nesse contexto de crise, a exemplo da constante fiscalização das ações estaduais e municipais de enfrentamento ao Coronavírus, disponibilização de recursos tecnológicos próprios relacionados a análises, diagnósticos e geoprocessamento de dados, além do repasse de cem milhões de reais ao Governo do Estado como forma de ajudar no combate ao avanço da doença em nosso estado.

De acordo com a Constituição da República, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para que tais compromissos sejam concluídos a contento, é imprescindível que sejam asseguradas a autonomia funcional e administrativa, bem como a garantia da independência funcional de seus membros.

As tentativas de mitigação das prerrogativas e garantias do Ministério Público não devem ser toleradas, porque enfraquecem a defesa da sociedade e próprio mister de promoção da justiça.

A figura do Promotor vai muito além da função mais conhecida de acusação penal. Trata-se de verdadeiro agente de transformação social concebido pelo constituinte para a defesa dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Mesmo quando acusa na esfera criminal, o Promotor atua na defesa dos interesses da vítima e da sociedade como um todo, cuja ordem jurídica foi violada pela prática da infração penal. É considerado, no entanto, uma parte imparcial, pois pode pedir tanto a condenação quanto a absolvição do réu.

É na esfera criminal ainda que se promove o importante combate à corrupção que tanto assola a nossa sociedade. Daí a importância de garantias como a independência funcional, permitindo ao Promotor uma atuação vinculada apenas à sua consciência e à ordem jurídica, livre de influências de interesses privados.

No âmbito da tutela coletiva, incumbe ao Promotor de Justiça, dentre outras atribuições, promover o controle das políticas públicas; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, como saúde, educação, moradia e segurança; fiscalizar o correto emprego das verbas públicas e coibir atos de improbidade administrativa.

O rol de atribuições constitucionais é amplo e ousado. É certo que a atuação ministerial está longe de ser a ideal. Estamos bem distantes da difícil missão de concretizar direitos básicos à população e combater a criminalidade. Há muito a ser feito e é preciso ter humildade na atuação institucional, mirando a consecução do ideal de justiça, isto é, uma sociedade mais justa, livre e igualitária.

Neste dia 16 de abril, assumimos o compromisso de servir à população fluminense, nos desafios atuais e vindouros, com coragem, humildade e determinação, mirando sempre a honestidade e a ética, cientes de que nossa conduta será objeto de constante avaliação interna e externa, como corolário do Estado de Direito a que estamos submetidos.

É uma honra para nós passar a integrar os quadros desta instituição como Promotores de Justiça.

Aos nossos familiares e amigos, o nosso profundo agradecimento.

Vocês foram a nossa principal fonte de motivação nessa trajetória longa e árdua que denominamos “vida de concurseiro”.

Foram ausências a eventos e compromissos importantes, muitas renúncias, noites em claro, momentos de descrença em nosso potencial, reprovações, crises existenciais do tipo “vou parar de estudar”, “não é pra mim”, “acho que já está bom onde cheguei”, até a publicação do novo edital vir à tona junto com o sonho ainda latente em nosso coração.

Neste concurso, sobrevivemos a 1 provão de seis horas, mais 4 provas específicas envolvendo 12 matérias, além de 4 dias intermináveis de arguições orais.

(A quem suportou junto comigo cada dia desta terrível semana de prova oral, minha eterna gratidão!)

Agradeço aos nossos pais por nos ensinarem a importância do estudo, disciplina e dedicação como fonte de transformação de contextos sociais e destinos.

Muito obrigada pelo suporte emocional, pelas orações e por acreditarem em nosso projeto pessoal.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a Deus, pois sem ele eu não estaria aqui hoje.

Em Provérbios, há um texto que diz que o coração do homem faz planos, mas a resposta certa vem dos lábios do Senhor.

Neste dia, expressamos nossa infinita gratidão a Deus pelo privilégio de sonhar e a oportunidade de realizar mais esse sonho em nossas vidas.

Muito Obrigada!



### **Discurso de posse do Promotor de Justiça Raphael Siqueira Neves na íntegra:**

Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem; Excelentíssima Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Maria da Conceição Lopes de Souza Santos; Excelentíssimos Procuradores de Justiça, membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; demais membros e autoridades; nobres servidores; queridos familiares e amigos: boa tarde!

Não há outra forma de iniciar o discurso de posse, senão agradecendo todos os esforços que vêm sendo envidados pelos membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de manter, mesmo em tempos de pandemia, os concursos de remoção e promoção dos membros e, por consequência, as nomeações e posses dos aprovados no 35º Concurso de Ingresso na Carreira.

Isso se tornou realidade com a alteração promovida no Regimento Interno deste Conselho, a qual viabilizou promoções, remoções e posses em formato semipresencial, o que vai ao encontro das orientações emanadas pelas autoridades sanitárias de todo o mundo.

Saibam que esses esforços permitem que o Ministério Público continue sendo instituição tão sólida e presente na vida da sociedade e cumprindo sua tão nobre missão, mantendo e ampliando o acesso ao exercício dos direitos fundamentais por parte da população, especialmente aquelas pessoas que mais necessitam.

A todos vocês, muito obrigado!

Hoje a minha posse acontece sozinha, mas não solitária. Isso permite que eu faça um discurso mais personalizado acerca do quão feliz e honrado estou neste momento. Principalmente, considerando toda a luta travada desde os momentos angustiantes de estudos até o atual momento, não menos angustiante, que estamos vivendo. Como sabemos, estamos diante de uma pandemia que assola todo o mundo de forma avassaladora, obrigando-nos a reinventar tudo que, um dia, acreditávamos ser imutável dentro de uma perspectiva social.

Disse que minha posse acontece sozinha, pois as circunstâncias atuais assim a exigiu. Contudo, jamais me sinto solitário neste momento. Inúmeros familiares e amigos assistem a esta solenidade de suas casas e eu os posso sentir aqui comigo, sentados nas cadeiras que estão em nossa frente. A energia que emanam me dá a certeza de que estou tão envolvido de afeto, carinho e pensamentos positivos, que a distância se torna mero detalhe físico.

O cenário atual é tenso e angustiante, o que gera preocupações de várias ordens. A pandemia do novo Coronavírus vem gerando abalos graves na saúde, na política, na economia e nas relações sociais. E isso reativa problemas históricos enfrentados pela população, obviamente. Daí por que, neste contexto, destaca-se a atuação de profissionais essenciais para a redução dos danos e dos impactos negativos da pandemia.

Os primeiros que podemos (e devemos) lembrar são os profissionais da área da saúde (inclusive os cientistas). E, aqui, deixo registrado o meu “muito obrigado” a todos eles, que vêm enfrentando a linha de frente, arriscando suas vidas e saúde em prol do bem estar da população e no desempenho de um ofício tão grandioso. Seremos eternamente gratos a eles!

Agora, puxando para o nosso lado, destaco a importância de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, esta última, inclusive, a qual, com muito orgulho, pertenci por pouco mais de oito meses.

Os profissionais dessas duas instituições lutam bravamente, dia após dia, para reduzir os efeitos perversos e deletérios da crise sanitária sobre a parcela da população que mais sofre com as mazelas de uma estrutura social.

Como mais novo membro do Ministério Público, assim como já vinha fazendo como membro da Defensoria Pública, permanecerei, também, no *front*, para auxiliar na superação de óbices e no enfrentamento de uma crise generalizada, lutando para que os efeitos da estrutura social desigual não piorem, ainda mais, um situação caótica, especialmente, sobre o sistema de saúde e de serviços públicos, de saneamento, sobre o sistema prisional e sobre as pessoas mais vulneráveis, como, por exemplo, crianças, adolescentes e idosos.

Assumo esse compromisso com todos os senhores! Afinal, como diria Ariano Suassuna, “O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista

esperançoso". E que sejamos todos realistas esperançosos! Essa situação vai passar e sairemos mais fortes dela!

O Ministério Público é instituição expressamente prevista no texto constitucional e tem por missão velar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Uma das maiores atuações do órgão se dá no âmbito do Processo Penal. Justamente, por atuar na promoção da justiça, deve o Ministério Público zelar, obviamente, para que a justiça seja feita, evitando tratamentos odiosos e punições desmedidas.

Afinal, muitas vezes, o Processo Penal é encarado como estrutura de guerra e de abate. No entanto, cada ação criminal corresponde a uma vida, a uma família, a uma pessoa e a vários sonhos. Daí porque a função acusadora é dotada de tamanha responsabilidade! Não se pode utilizar-se do poder punitivo do Estado com a intenção de puramente aniquilar nossos pares.

Por sua vez, na área não penal em geral, a atuação ministerial é voltada à fiscalização e garantia de direitos, muitos deles que sequer chegam na população que mais precisa, seja por omissão estatal, seja em razão do pernicioso sistema de desigualdade em que vivemos. Nesta seara, nossa atuação perpassa, incessantemente, pela luta na observância de preceitos básicos da vida em sociedade. Por isso, trabalhamos incondicionalmente pela obtenção de uma sociedade mais justa, igualitária e respeitosa com a figura do outro.

Pois bem. Hoje é um dia extremamente relevante e feliz para minha vida. Um dia que resume angústias vivenciadas há anos, não apenas por mim, mas pelos meus familiares e amigos. Pessoas que me viram diariamente lutar por este sonho, com certeza, estão festejando comigo. Pessoas estas, cada uma do seu modo, que colocaram um tijolinho no castelo que hoje é erguido. Castelo este, que com certeza, tornou-se uma fortaleza para lutar por aquilo que acredita.

A jornada até a aprovação e posse foi longa, cansativa e marcada por inúmeras privações. Mas foi extremamente gratificante! Pois, mesmo diante de todos os desafios e oscilações emocionais, a cada etapa do concurso tive a possibilidade de encontrar pessoas maravilhosas, que partilhavam dos mesmos sonhos e angústias. Alguns, infelizmente, não conseguiram chegar até aqui. Mas sigo torcendo para que eles consigam realizar seus sonhos e que não desanimem, pois sou prova viva de que quem luta, consegue!

Estar no dia de hoje com as pessoas que me apoiaram representa uma vitória sem precedentes. As condições materiais, as condições psicológicas, tudo isso, de certa forma, foram obstáculos à conquista do sonho. Mas a vitória foi certa! Se a batalha foi compartilhada por cada um que me quis bem, nada mais justo que a conquista também seja!

Entrego, pois, a todos vocês, que lutaram comigo, esta vitória!

Hoje assumo um novo compromisso em minha vida, o de servir à população fluminense, sempre pautado nos valores da ética, da moralidade, da presteza, da eficiência, da coragem e, principalmente, do respeito! Assumo o papel transformador da sociedade e da luta incessante por uma sociedade justa e que veja o outro como pessoa de igual estatura.

Especialmente em tempos de pandemia, os desafios são maiores. Mas esses desafios jamais poderão inibir uma atuação enérgica em prol da sociedade e das pessoas que mais necessitam, pois esta é a razão de estarmos aqui. Antes de ser Promotor e Justiça, sou um servidor público. Como diz o próprio nome, meu dever é servir ao público.

Agradeço aos meus pais por todos os ensinamentos transmitidos, ensinamentos estes que os livros não conseguem traduzir, mas que serão importantes para o exercício da carreira.

Agradeço, também, aos meus familiares e amigos (não vou listar todos aqui, pois serei injusto caso esqueça de alguém), os quais sempre ofereceram o suporte necessário que sempre precisei, ministrando em mim doses cavалares de otimismo, apoio e esperança.

Agradeço, finalmente, à Defensoria Pública do Estado do Paraná, nas pessoas de seus membros, servidores e estagiários, pelo acolhimento e por ter se tornado minha casa, ainda que por curto espaço de tempo.

Sintam-se todos abraçados e vitoriosos comigo!

Abraço esta função com a hombridade da qual ela é digna e me comprometo a empenhar todos os esforços necessários para cumpri-la com afinco ao longo de minha carreira, que só se inicia.

É uma honra, para mim, integrar os quadros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Promotor de Justiça!

Muito obrigado!



### **Discurso de posse da Promotora de Justiça Laura Pinto de Lucca Abelha Guilhermino na íntegra:**

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. José Eduardo Ciótola Gussem; Exma. Sra. Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Maria Da Conceição Lopes De Souza Santos; Exmos. Srs. Procuradores de Justiça Conselheiros do Conselho Superior do Ministério Público; demais autoridades presentes, física ou remotamente; Ilustres servidores; queridos familiares e amigos que estão a nos assistir: boa tarde a todos.

Início com uma reflexão que fiz após assistir a entrevista da saudosa Dra. Jarclea Pereira Gomes, conhecida como a Eva do MP do antigo Estado do RJ, ao Centro de Memória Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Junior. A entrevistada, que recentemente nos deixou, nos contava, com muito carisma, como era ser a primeira e única mulher na instituição, quando ingressou em 1963, mencionando os desafios por ela enfrentados.

Mostrando como o tempo trouxe rápidas mudanças e como o MPRJ a elas se adaptou, lembrou, junto ao entrevistador, Dr. Marcio Klang, que hoje existem mais Promotoras e funcionárias que Promotores e funcionários. Amostra disso é que hoje temos aqui uma posse de 3 mulheres e, assim como ela, estamos realizando o sonho de ingressar na instituição, mas enfrentaremos desafios bastante distintos.

Pela concretização de um sonho, é sempre preciso agradecer àqueles que estiveram ao nosso lado e que são corresponsáveis pela conquista.

Aos membros do Conselho Superior, agradecemos verdadeiramente pelos nítidos esforços envidados, em meio à crise, a fim de que fossem viabilizadas as

nomeações e posses dos candidatos aprovados no XXXV Concurso de Ingresso. Em breve seremos 47 empossados.

Estamos aqui hoje, em sessão semipresencial, graças à recente alteração regimental, que pode atualizar a forma com que as reuniões se realizam, sendo não só uma adaptação à crise, mas uma verdadeira inovação que permitirá muitas outras. Aos Senhores, muito obrigada.

Obrigada aos professores que passaram por nosso caminho e nos trouxeram até aqui, e que foram responsáveis não só por partilhar seu conhecimento, mas por nos ensinar valores.

Obrigada também aos nossos pais, familiares, parceiros e amigos, que sempre acreditaram em nossa capacidade de conquistar esse sonho, muitas vezes mais que nós mesmas!

Nada disso seria possível sem aquela palavra de conforto, sem o respeito pelo momento de estudo, sem a compreensão das nossas reações diante do estresse e da ansiedade de uma rotina rigorosa de estudos.

Torceram por nós, choraram, riram, como se a conquista fosse também deles. E é!

Assim, mais uma vez, muito obrigada àqueles que deram valor ao projeto de sermos agentes de justiça, de fazer a diferença e de integrar uma instituição que permita a realização desse sonho.

Foi daí que tiramos a força para seguir na jornada de estudos, no desafio das provas do exigente concurso do MPRJ. Não há como esquecer a sensação de descobrir a aprovação por meio das sessões de divulgação; de acabar de fazer quatro provas discursivas, cada uma com três matérias; de ficar 4 dias confinadas, tensas, na expectativa da prova oral e da nota a ser divulgada ao final do dia. Tudo isso fez com que a conquista que hoje estamos celebrando seja ainda melhor!

É mesmo a realização de um sonho e uma grande honra ingressar no MPRJ!

Como compromisso com os parentes e amigos que nos assistem de casa e que muitas vezes buscam entender qual é o papel do MP e dos Promotores de Justiça, vou fazer um breve apanhado, a fim de esclarecê-los sobre a nobre função que exerceremos a partir de agora.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã por consagrar direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, traz o Ministério Público como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Ela esboça suas funções ao enunciar que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim, uma instituição de fortes traços democráticos e sociais, tem a missão de servir a sociedade, atendendo a seus interesses com poder de tutelar direitos individuais ou coletivos. Além disso, foi o MP incumbido de impedir abusos pelo próprio Estado e seus governantes, além de zelar pela moralidade e probidade na



administração pública. Para que consiga cumprir essa nobre missão, deve ser proativo e atuante, mantendo sempre a abertura e o diálogo com a sociedade.

No contexto atual, a instituição e sua missão constitucional têm um papel de destaque. Vivemos hoje uma crise de saúde de contornos inéditos, que demanda, assim, medidas e decisões inéditas. Temos um agente invisível – o vírus – que criou um cenário de transformações nunca vistas.

Do dia para a noite, deixamos de nos encontrar, de sair para trabalhar, de nos abraçar. Ao mesmo tempo, reinventamos formas de demonstrar carinho e cuidado e adaptamos o modo de trabalhar. Os problemas já existentes, notadamente no âmbito da saúde e da desigualdade social, tomaram uma nitidez ainda maior, escancarando a fragilidade humana.

Nesse cenário, contudo, vimos bons exemplos de diversos setores da sociedade, várias campanhas de solidariedade e grande mobilização do povo – de dentro de suas casas – a cobrar a tomada de decisões pelos gestores públicos que permitam atenuação desses efeitos da crise nas camadas que mais sofrem.

O MP do Rio de Janeiro, como instituição em defesa dos interesses sociais, dá um honroso exemplo de atuação específica no combate ao novo Coronavírus. No último mês, por meio da seção dedicada à transparência, pudemos ver diversas medidas como: ações para disponibilização de leitos; para aumento de testagem e melhora da notificação; procedimento de fiscalização de Prefeituras na atenção primária; obtenção de medida para impedir manifestações públicas que possam expor a população ao risco de contágio; ação para adoção de medidas de prevenção em unidade de acolhimento de pessoas com deficiência e em unidades prisionais; proteção das vítimas de violência doméstica, que vêm assustadoramente crescendo, entre outras.

Além disso, criou-se um canal de atendimento ao cidadão e de campanhas de solidariedade à famílias atingidas, tendo havido ainda o repasse de R\$100 milhões de seu orçamento ao Estado do Rio de Janeiro para ajudar no combate à pandemia. São muitas medidas e são muito importantes. Demonstam a capacidade da instituição de ter uma rápida tomada de decisão e de atuação eficaz.

Ao lado dessa crise, vemos parcela ainda que pequena da sociedade colocar em xeque a credibilidade da democracia e de suas instituições por meio de manifestações antidemocráticas.

Mais uma vez fica nítido o desafio das instituições democráticas, em que se inclui com mencionada relevância o MP, de retomar os valores do Estado Democrático de Direito, a força das instituições e a confiança do povo em seus representantes. E agora, como membros do MPRJ, assumimos para nós esse compromisso.

Menciono também a necessidade de valorização da imprensa livre por nós operadores do Direito, pois é veículo necessário ao debate e instrumento de consolidação da democracia.

Hoje a imprensa convive com outra plataforma de debate, as redes sociais, que vêm ganhando um importante espaço, mas que, com a mesma rapidez que veicula informações e facilita seu acesso; “viraliza” notícias falsas, atrativas, muitas vezes imperceptíveis para os que recebem. Nós, agora Promotoras, teremos o desafio de combater a veiculação e responsabilizar seus agentes, mediante utilização de todo o aparato tecnológico e capacidade de atualização que o MPRJ já mostrou ter.

O MP é, então, forte instituição democrática que dialoga com a sociedade, imprensa e demais instituições do Estado. O debate é, mais uma vez, capaz de trazer soluções equilibradas que visem ao fim de fortalecer as premissas de um Estado Social Democrático de Direito.

Apesar de ser uma instituição pública, pode ir de encontro aos entes públicos se violado o interesse social, pois não se vincula a nenhum outro interesse, senão o da CF e da lei. É por isso que é tão importante que seja uma instituição independente e que se assegurem as garantias institucionais e funcionais, para que assim consigamos concretizar a importante missão constitucional.

As atribuições do MP vão, portanto, muito além do, mais conhecido, papel na esfera penal, de órgão acusador, que, a propósito, deve ser exercido sempre em busca de uma resposta proporcional e da recomposição da realidade abalada pelo crime. Assim, o MP protege também o direito da vítima e busca a reintegração do criminoso. A justiça é o produto da responsabilidade proporcional.

Dessa forma, quando parentes e amigos nos abordam confusos sobre nossas funções e até mesmo sobre a nomenclatura do nosso cargo, querendo saber se seremos Promotoras ou Procuradoras, explicamos que o mais importante é entender que somos agora membro do Ministério Público, instituição essencial à democracia e à consolidação de um ideal de justiça.

Esse ideal de justiça para muitos parece uma utopia, mas pelo qual trabalharemos com afincio.

Sobre isso, o escritor Eduardo Galeano certa vez provocou: *“a utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Para que eu não deixe de caminhar.”*

E hoje, com muita honra e alegria, nós três nos juntamos aos colegas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nessa caminhada.

Obrigada.



### **Discurso de posse da Promotora de Justiça Raísa Froufe Gomes na íntegra:**

Boa tarde a todos.

Gostaria de saudar o Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem; a Excelentíssima Sra. Corregedora Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício, Dra. Maria da Conceição Lopes de Sousa Santos; os ilustres Procuradores de Justiça membros do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, aos quais tenho a honra de agradecer pelos esforços envidados para a nomeação dos aprovados no XXXV Concurso de Ingresso na Carreira de Promotor de Justiça Substituto do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; os familiares e amigos que nos assistem em transmissão *online*, cumprimentando, também, todos os colegas de Concurso: formamos uma família grande e coesa quanto à missão institucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; os demais membros, servidores e colaboradores. Gostaria de expressar, ainda, minha profunda gratidão aos meus pais, a meu companheiro e ao meu irmão, enfim, à minha família, minha base de sustentação nessa jornada. Por fim, agradeço aos professores – muitos deles membros desta Casa – que tomaram parte no processo de construção de conhecimento jurídico, ético e humanista, essenciais ao desempenho da nobre função de Promotor de Justiça.

Eu não poderia estar ingressando em melhor Instituição. O Ministério Público é formado por pessoas e existe *para* as pessoas.

É um organismo vivo que, através de cada membro, servidor e colaborador, com seus olhos, fiscaliza; que, com sua voz, fala; que, com seu ânimo guiado pelo sentimento de justiça, luta pelo bem-estar geral e pela integridade da democracia.

O Ministério Público é uma Instituição que está sempre de portas abertas para ouvir o cidadão, da Ouvidoria às grandes audiências públicas; que dialoga com cada Poder, órgão público ou privado; que não se acovarda diante de investidas externas perniciosas.

E, para cumprir seus misteres constitucionais, não devem ser aceitas quaisquer tentativas de enfraquecimento das prerrogativas e garantias do MP, sendo indispensável assegurar a independência funcional de cada membro – independência esta que deve ser entendida sempre à luz da unidade institucional, como uma atuação integrada e coordenada que, diga-se de passagem, não falta ao Ministério Público deste Estado.

Tenho orgulho do MP, sobretudo do Ministério Público do Rio de Janeiro. O *Parquet* estadual vem assumindo um inestimável papel na atual pandemia.

Neste ponto, destaco a criação, no âmbito do MP deste Estado, da Força-Tarefa de Atuação Integrada na Fiscalização das Ações Estaduais e Municipais de Enfrentamento à Covid-19, sem esquecer do diuturno trabalho fiscalizatório realizado pelos órgãos de execução e do papel ativo que vêm tomando nas discussões afetas ao isolamento social, fundamentado sempre em orientações técnico-sanitárias e privilegiando a atividade resolutiva, que na maior parte das vezes é a melhor forma de lidar com o conflito “saúde pública *versus* economia”.

Tomo posse no cargo de Promotor de Justiça substituto em um momento difícil, em que as vulnerabilidades sociais estão, mais do que nunca, escancaradas.

Vejam, por exemplo, que i) o simples “lavar as mãos com água e sabão” exige que haja um acesso à água potável e ao saneamento básico; ii) que o SUS deve ser fortalecido e não enfraquecido pela malversação de dinheiro público; iii) que as dificuldades da educação pública se intensificaram ainda mais...

O Promotor de Justiça, como agente político de transformação da realidade social, deve atuar nessas questões e em muitas outras.

Eu poderia listar as inúmeras atribuições ministeriais, mas opto agora por lhes dizer: não compactuamos e jamais compactuaremos com a improbidade administrativa em suas mais diversas formas; com o desvio de recursos do Erário; com favorecimentos pessoais que achincalham o interesse público; com as infrações penais que desprezam a ordem jurídica; com o sucateamento da saúde e educação; com os abusos sistematicamente cometidos contra a infância, idosos e pessoas com deficiência; com a degradação do meio-ambiente; com a corrosão da democracia.

Enfim, tenho o privilégio de entrar em uma Instituição permanente, essencial e autônoma (funcional, administrativa e financeiramente), de forte atuação judicial e extrajudicial, para fielmente cumprir as atribuições do cargo de Promotor de Justiça, trabalhando com entusiasmo e ética; com firmeza, porém sem descurar da sensibilidade; fazendo a minha parte no aprimoramento crescente desta Instituição, dando o retorno que a sociedade espera do Ministério Público.

Obrigada.



### **Discurso de posse da Promotora de Justiça Fernanda Vieira Alteirado na íntegra:**

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem; Excelentíssima Senhora Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Maria da Conceição Lopes de Souza Santos; Excelentíssimos Senhores Procuradores de Justiça Conselheiros do Conselho Superior do Ministério Público; demais autoridades presentes, física ou remotamente; Ilustres Servidores; queridos familiares e amigos, presentes e que nos assistem.

Antes de tudo, gostaria de agradecer, em nome dos empossados, pelo esforço desta instituição em aprovar a alteração regimental que admitiu a implementação da sessão semipresencial, permitindo, assim, a continuidade das posses do trigésimo quinto Concurso em tempos tão difíceis.

Dito isso, é impossível não começar esse discurso sem falar do nosso panorama atual. Literalmente, do dia para noite, planos foram cancelados, o distanciamento foi imposto e fazer coisas comuns, como ir ao trabalho, passou a ser um risco para todos nós. Do dia para noite, fomos forçados a entender que vivemos em um mundo globalizado e que a ação de um único ser humano, em outro continente, pode ter uma interferência gigantesca na vida de cada um.

E, pegando esse gancho, é necessário constatar que todo esse panorama de quarentena e isolamento social tornam ainda mais evidentes as dificuldades que assolam não só o nosso Estado, mas todo o nosso país. Apesar de ser injusto culpar qualquer um pelo que vivemos, é preciso reconhecer: uma doença trazida por aqueles

mais favorecidos, que podem viajar, conhecer outras culturas e vivenciar outras experiências, hoje mata, das mais diversas formas, a camada menos favorecida da nossa população. Aquela que mal consegue conhecer a *nossa* própria cultura, que não possui um plano de saúde para se resguardar das deficiências do nosso sistema público e que, muitas vezes, sequer tem uma simples comida à mesa.

E isso nos faz chegar a uma constatação que, apesar de óbvia, não vem sido implementada: a de que viver em coletividade é muito mais do que simplesmente conviver.

Não basta falar que temos orgulho de ser brasileiros, ou que estamos todos no mesmo barco – até porque, infelizmente, não estamos. É preciso agir. Agir em favor dos menos favorecidos, agir na luta contra a imensa desigualdade social que assola nosso país. Agir em prol de uma camada vulnerável e, muitas vezes, invisível aos olhos dos mais privilegiados, tamanha é a distância de realidades. E é por isso que preciso expressar o orgulho que temos em passar, hoje, a integrar o quadro de membros desta casa, tendo a chance de fazer a diferença.

Aposto que muitos de nós, ao contarmos da nossa aprovação para colegas de outras áreas, recebemos o seguinte questionamento: “Promotor é aquele que acusa, certo?”. E tenho certeza que todos nós, sem a menor intenção de menosprezar a função acusatória, explicamos que ser Promotor vai muito além disso.

O art. 127 da CRFB assegura ao Ministério Público sua permanência e essencialidade, atentando para o fato de que a nós incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, aqui, é preciso exaltar a atuação do Ministério Público do Rio de Janeiro, que, exercendo sua função essencial, tem investido grandes esforços, tanto na seara individual quanto coletiva.

Durante o curso de formação, ficamos impressionados com todo o aparato que tem sido fornecido por essa instituição. Contamos com uma ampla gama de profissionais, das mais diversas áreas, que são fundamentais para nossa tomada de decisão. Temos psicólogos, assistentes sociais, engenheiros, peritos, contadores, tudo isso para que a atuação ministerial se torne cada vez mais específica, deixando de lado soluções utópicas, em prol de efetivas respostas aos problemas apresentados.

Nos deparamos também com uma instituição avançada, que usa das mais modernas tecnologias a favor do trabalho de seus membros e servidores. Hoje, temos uma base de dados que vem sendo constantemente alimentada, nosso querido “MP em Mapas”, cujo objetivo é justamente fornecer dados estatísticos e cruzamento de informações, auxiliando no conhecimento de cada região e contribuindo para que a atuação seja mais precisa e eficiente, com atenção aos problemas locais.

E, falando em trabalho, é preciso dizer que, mesmo diante de todo o cenário da pandemia, o Ministério Público não descansa. Até porque, não obstante todo o caos vivenciado, é certo que atitudes criminosas e extremamente desumanas continuam ocorrendo.

Somos, atualmente, o quinto país do mundo em apresentar os maiores índices de feminicídio e, com a imposição do isolamento, os relatos de violência doméstica só aumentam. Além disso, vivenciamos, diariamente, as ousadas ações criminosas provenientes de um poder paralelo, implementado sem qualquer legitimidade e que, fazendo uso da força, do contrabando de armas e do tráfico de drogas, torna refém parte da nossa população, exercendo uma espécie de domínio territorial, com a subversão completa dos preceitos da ordem jurídica.

E, como se não bastasse, temos também aqueles que fazem uso de uma posição privilegiada para alimentar ainda mais sua ganância, desviando dinheiro público, fraudando licitações, superfaturando respiradores pulmonares e se aproveitando do atual estado de calamidade pública para enriquecer, sempre às custas do sofrimento alheio. Assim, tudo isso evidencia a necessidade latente de se combater e repreender a criminalidade, trabalho esse que vem sendo desempenhado incessantemente por essa instituição, que só nas últimas semanas deflagrou inúmeras operações destinadas a coibir tais condutas, com diversos mandados de prisão expedidos.

Voltando, portanto, à indagação de nossos colegas, sobre ser o Promotor aquele que acusa, precisamos dizer que eles não estão de todo errados. Ser Promotor de Justiça, sob pena de dizer o óbvio, é ser aquele que *promove a justiça*. E, em momentos como esse, em que a criminalidade dispara e a ganância dos setores mais privilegiados da sociedade massacra a vida dos menos favorecidos, é preciso sim acusar e repreender.

Todavia, nunca podemos esquecer da importância de investir na base, privilegiando direitos mínimos que nossa Constituição assegura, à luz do princípio da dignidade humana, como saúde e educação. *É dizer: as funções repressiva e preventiva do Ministério Pública devem andar juntas*. Até porque, essa pandemia tem escancarado que a ordem de ficar em casa, ou de higienizar mãos e alimentos, por exemplo, é muito mais difícil de ser implementada quando temos um número altíssimo de trabalhadores informais e de desempregados, que não podem se resguardar. Ou pior, quando parte considerável da população não tem sequer água potável ou alimentos para a própria subsistência. E é aqui que entra, também, o papel do Promotor de Justiça, na busca por assegurar a implementação de medidas de caráter assistencial, visando reduzir as desigualdades de classe.

Ontem, recebi de familiares a seguinte mensagem: “com grandes poderes vem sempre grandes responsabilidades”. E precisei concordar. Talvez, a parte mais difícil e exaustiva do nosso cargo seja justamente essa: fazer tanto, empreender tanto trabalho, e, ainda assim, se deparar com problemas máximos que assolam nossa população, diariamente.

Seguimos, no entanto, confiantes do nosso propósito. Temos, hoje, cinco novos membros que lutaram incessantemente por esse cargo. Cada um com a sua história, cada um com as suas convicções, mas todos unidos por uma mesma vontade: ser Promotores de Justiça.

Apesar de saber que serei repetitiva, preciso lembrar que não foi fácil chegar até aqui. Muitas inseguranças e incertezas nos assombraram ao longo do caminho. Foram, ao todo, dez provas. Dez situações de pressão que testaram não apenas nosso conhecimento, mas nossa capacidade de calma, concentração e confiança. Foram dez provas que desafiaram nossos limites e nos mostraram que podíamos ir muito além do que acreditávamos.

Poder estudar, certamente, é um privilégio. E, aqui, peço licença para agradecer e homenagear cada um dos pais e familiares que nos apoiaram nessa trajetória e que, na maior parte das vezes, foram nossos portos seguros, quando achávamos que não tínhamos a menor condição de alcançar nossos sonhos. Meus pais sempre me disseram que “conhecimento é algo que ninguém pode nos tomar” e, por isso, não mediram esforços para que chegasse até aqui. Acredito que os de vocês também, pois não somos nada sem a nossa rede de apoio. Então, reforço: se vencemos hoje, são vocês os principais responsáveis – e nós, os principais privilegiados.

Aproveito também para agradecer aos nossos namorados, namoradas, companheiros, companheiras, amigos e amigas, que entenderam nossas ausências, nossos dias ruins e nossas abdições. Vocês podem não saber, mas, em muitos momentos, nos serviram de combustível para que continuássemos a trajetória.

A vitória é de todos nós e, nesse momento, temos que celebrar a distância. Aliás, hoje, precisamos entender que estar longe é um ato de amor e cuidado e que isso não diminui em nada o carinho e o sentimento de gratidão que temos por cada um dos que nos assiste de longe.

Gostaria, ainda, de fazer um agradecimento especial aos servidores desta casa, já que três de nós tivemos a oportunidade de ingressar no cargo de assessoras, antes mesmo desta posse. Obrigada por todo aprendizado e paciência que tiveram conosco e por terem nos apresentado o funcionamento interno desta instituição. Podem ter certeza que o Ministério Público não funciona sem vocês e que, se hoje entramos um pouco mais seguras, houve uma contribuição imensa dos mais queridos servidores que cruzaram nosso caminho.

Por fim, termino esse discurso com um pedido, não só a mim, mas também aos meus colegas empossados (hoje e antes), aos demais integrantes do 35º concurso, que aguardam ansiosamente para entrar, e a todos os familiares e amigos que buscam algum sonho: que a gente não desista de lutar. Que a gente persista nos nossos ideais, que a gente siga acreditando em nós mesmos e no fato de que podemos fazer a diferença. Que a nossa luta por uma sociedade mais livre, justa e solidária não seja apenas um trecho da nossa Constituição, mas uma verdadeira batalha diária. Até porque, me permitindo parafrasear a ilustre Ministra Carmen Lúcia: “a vida não perdoa os dissidentes”. Mais uma vez, o nosso muito obrigada.





**Discurso de posse do Promotor de Justiça Lucas Caldas Gomes Gagliano na íntegra:**

Excelentíssimo senhor Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dr. José Eduardo Ciotola Gussem; excelentíssima senhora Corregedora Geral, Maria da Conceição Lopes de Souza Santos. Excelentíssimas senhoras conselheiras, deste egrégio conselho superior, senhora Lilian Moreira Pinho, Anna Maria Di Masi, Viviane Tavares Henriques e Vera Regina de Almeida. Excelentíssimos senhores Conselheiros Marcelo Daltro Leite; Walberto Fernandes de Lima; Dennis Aceti Brasil Ferreira e Galdino Augusto Coelho Bordallo, meus iniciais e sinceros agradecimentos aos senhores e às senhoras, que foram tão sensíveis à nossa situação e permitiram abreviar a espera por este momento tão especial. Autoridades do Poder Judiciário, estimados Promotores de Justiça com quem tive a honra de trabalhar e que muito me ensinaram nesse breve período de

Transição; servidores; queridos colegas de concurso e queridos familiares; meus amigos e todos aqueles que hoje nos prestigiam com sua presença virtual, meus cumprimentos e boa tarde.

A jornada foi árdua e a peleja foi grande. O sonho de se tornar um Promotor de Justiça, que começou com uma pequena centelha na alma de um jovem que desejava – e ainda deseja – viver um Brasil e uma sociedade mais justa e mais fraterna, em que todos possam crer no poder da Justiça, é hoje concretizado.

O sonho se manteve vivo ao longo dos anos. A esperança de vivenciar esse sonho, que hoje se materializa, foi alimentada pela família, a qual, mesmo nos momentos mais difíceis, sempre esteve presente para estender a mão e dividir o fardo da dedicação que uma das carreiras mais disputadas do país requer.

Continuamente compreensivos com a rotina, com a angústia e com a aflição que atingem qualquer um que firma o compromisso de ser aprovado, ela tornou-se um alento e um motivo para continuarmos firmes em nosso objetivo, até quando não acreditávamos mais em nós mesmos.

Mas não foi apenas depois da vitória. A família, ou melhor, um familiar em especial, cujos cabelos brancos demonstram o porte de sua experiência na vida do Direito, mostrou-se de sobremodo receptivo e bem compreensivo para um recém-chegado, e, por isso, foi essencial nesse primeiro engatinhar da vida pública. A família, sem dúvida, é a base da sociedade.

Ao seu lado, também não poderia deixar de prestigiar os meus grandes amigos, que nunca deixaram de me apoiar. “Sem amigos ninguém escolheria viver, mesmo que tivesse todos os outros bens”, disse Aristóteles. De fato, todo o caminho trilhado solidificou os laços de amizade que hoje tenho, e meus amigos são hoje verdadeiros irmãos, sempre podendo contar um com o outro para as horas mais difíceis que o relógio da vida certamente trará.

Graças a eles, tenho agora a oportunidade de iniciar a carreira de Promotor de Justiça, cujo papel primordial é promovê-la, seja combatendo os desvios daqueles que insistem em navegar pelas águas turvas da injuridicidade e da

torpeza, seja para amparar aqueles que depositam seu último grão de fé na lei e na Constituição.

Nesses últimos tempos, fomos assolados por uma nova moléstia, que não só atingiu o Brasil, mas também todo o mundo, provocando consequências e cenários inimagináveis se pensados há um ano. Assistimos diariamente nos jornais aos efeitos deletérios provocados por um mal físico que ceifa vidas, interrompe sonhos e arrasa as mais modestas aspirações.

Porém, o maior mal não vem de uma patologia que nos atinge fisicamente. O maior mal que testemunhamos é aquele oriundo do caráter distorcido daqueles se empenham em seguir na direção da improbidade e da ilegalidade, cujas condutas resultam efeitos ainda mais danosos do que um vírus, atingindo de sobremaneira os que pouco tem, ou nada tem.

Mas, se o momento é inédito, fazendo-se surgir novas frentes, há de se convocar novos soldados. Soldados dispostos a batalhar pela Constituição, soldados que acabaram de prometer servir com dedicação e lealdade, velando pelo primado da justiça e defendendo a ordem jurídica e democrática do país.

Essa promessa, sempre personificada a cada ato praticado pelo membro no exercício da função, é especialmente vivificada quando um novo Promotor ingressa na carreira, já que seu desejo maior é exercer prontamente as funções outorgadas pelo texto constitucional ao Ministério Público.

Aquele que prima pelo interesse da sociedade, sem amarras políticas ou interesses secundários do Estado ou do Governo, sempre pautado na correta aplicação da ordem jurídica, eis aqui, nessas poucas palavras, Ministério Público, o defensor do povo.

A função que assumimos a partir de hoje, diferente do que muitos imaginam, é de defesa. Sim, defesa. Defesa da sociedade, defesa da ordem jurídica, defesa das vítimas de crimes, crimes da competência do júri crimes da competência do juizado. Nosso papel é restabelecer o desequilíbrio provocado pelo agressor, sem perder de vista sua condição humana, para que um dia volte a integrar o seio social recuperado.

Mas a área penal não se limita aos exemplos citados. O meio ambiente, a ordem econômica, a integridade de procedimentos licitatórios, assim como o bem público, entre outros, são interesses coletivos que estão no campo de atuação do Ministério Público, pois, ainda que não haja uma pessoa em particular, toda a coletividade foi vítima da ilegalidade praticada.

Nesses casos, havemos de distinguir aqueles que, isoladamente, fraquejam daqueles outros que estão resolutos em se afastar dos ditames legais. Para eles, ironicamente, dar-lhes-emos justamente aquilo que repudiam: a lei. Dar-lhes-emos Constituição.

Constituição cidadã; constituição democrática; constituição conciliadora; que abraça o interesse de todos, no desiderato de harmonizá-los para um bom convívio social.

Lendo seu preâmbulo, enchemo-nos de entusiasmo, o qual institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Eu não poderia deixar de esboçar um sorriso após a leitura, já que nos incube a defesa desses direitos elencados. A defesa dos interesses da sociedade, defendendo-a até mesmo contra o próprio Estado, constitui a mais nobre função dentre todas as elencadas pelo texto constitucional.

Ao assegurar ao Ministério Público a legitimidade para tutelar coletiva e individualmente interesses sociais fundamentais, a Constituição deu-lhe implicitamente a sua joia mais preciosa: defender cláusulas pétreas. Seja defendendo a ordem jurídica como um todo, seja na defesa de específicos direitos constitucionais.

Por sua obra, atuamos em áreas (nas quais todos nós havemos de concordar) essenciais para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da nossa comunidade: saúde, ordem urbanística, defesa da cidadania, educação, consumidor, infância, sistema prisional, meio ambiente, idosos e deficientes.

Aqui, o perfil institucional é vocacionado a solucionar os problemas que são desnudados pela sociedade - imprensa, cidadãos brasileiros, humildes ou abastados - que diária e incessantemente cobram por soluções e respostas deste órgão ministerial.

Para solucioná-los, o Ministério Público foi dotado de instrumentos jurídicos conferidos pelo constituinte de 88, tais como a ação civil pública, o inquérito civil, seu poder requisitório e de controle, além de muitos outros.

Com eles em mãos, fomos munidos das ferramentas jurídicas necessárias para promover a efetivação dos direitos constitucionais que assistem a qualquer pessoa, e para realinhar as instituições públicas com aquilo que foi idealizado pelo texto constitucional.

E para assim o fazermos, o diálogo, tanto dentro do Ministério Público quanto com outros órgãos, mostra-se como um alicerce básico para o desenvolvimento das instituições democráticas, cujo fim único é atender e servir ao povo brasileiro, que se pergunta quando terá fim a crise de moralidade pública e quando será o dia em que se regozijará num Brasil melhor. Um Brasil livre, justo e solidário.

Queremos um Ministério Público verdadeiramente Brasileiro, conhecedor da nossa realidade e dos desafios a serem enfrentados. No Rio, graças à plataforma MP em Mapas, já é realidade para Promotores conhecerem boa parte dos problemas das comarcas. Em poucos cliques, dispomos das informações necessárias para atuar.

Com esse novo MP, digital, resolutivo e cooperativo, participante da vida democrática e próximo aos problemas sociais, avizinha-se a resposta daquela pergunta sobre quando o dia chegará.

Há muito a ser construído? Sim, há. Mas se voltarmos nossos olhos ao passado, veremos os avanços obtidos na última década, cujo mérito não tenho dúvidas em atribuir ao Ministério Público, e a sua atuação ininterrupta na defesa dos direitos da sociedade e promoção da cidadania.

Nosso mister é voltado para todos, voltado para solucionar problemas graves, como serviços públicos precários, entraves no acesso à justiça, sequelas provocadas pela corrupção e garantir direitos sociais básicos.

É. FOI. E SERÁ uma atuação para zelar sempre pelo bem comum e dar voz a quem não a tem, e preservar que ninguém esteja acima ou abaixo da lei. Zelaremos para que todos estejam abarcados pela ordem jurídica.

E aqui termino a minha fala valendo-me das palavras do poeta e escritor Olavo Bilac:

“Ainda de longe, pensarei em vós, e pensarei convosco. Serei um dos menores sacerdotes do culto que nos congrega: o da nossa história e da nossa língua. E, à míngua do brilho que vos posso dar, poderei dar-vos o fervor da minhacrença e a honestidade do meu labor”.

Muito obrigado.



## Luciana Sapha toma posse em seu segundo mandato como Corregedora-Geral do MPRJ

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Colégio de Procuradores de Justiça, deu posse, no dia 22 de junho, à Procuradora de Justiça Luciana Sapha Silveira para exercer seu segundo mandato como Corregedora-Geral da instituição, relativo ao biênio 2020/2022. A cerimônia foi conduzida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, na sala de Sessão dos Órgãos Colegiados, na modalidade semipresencial, em razão das medidas temporárias para a prevenção ao contágio pelo COVID-19, com transmissão ao vivo pela internet. Candidata única, Luciana Sapha foi eleita em pleito realizado no dia 8 de junho, de forma totalmente eletrônica, por meio do Sistema Eletrônico de Votação (SEV), devido aos cuidados indicados por autoridades médicas e sanitárias para evitar a propagação do novo Coronavírus,

A Corregedora-Geral foi saudada pelo Procurador-Geral de Justiça, o qual ressaltou a importância e a dificuldade do cargo, enaltecendo a presença na sessão, de forma virtual, de dois ex-Corregedores: Dalva Pieri Nunes e Pedro Elias Erthal Sanglard. O PGJ destacou, ainda, o trabalho da equipe que integra a Corregedoria-Geral e a administração no primeiro biênio. “Não poderia deixar de render uma homenagem especial aos membros que fazem parte da sua equipe, porque todos são incansáveis na luta para que possamos modernizar o nosso Ministério Público, tendo uma atuação menos repressiva e mais pedagógica. E é isso que a sua administração vem pontuando”, discursou.

A Secretária do Órgão Especial, Procuradora Patrícia Mothé Glioche Bezé, deu prosseguimento à cerimônia com a leitura do Termo de Posse. Luciana Sapha teve como madrinha a Procuradora e Decana do MPRJ, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Subprocuradora-Geral de Planejamento, que saudou a Corregedora-Geral reeleita. “No momento em que fomos instados, em razão da pandemia, a nos reinventarmos, vossa excelência, no cargo de Corregedora-Geral do Ministério Público, uma instituição que se agiganta, não temeu um novo desafio. Somos gratos por sua generosidade e temos confiança no exercício desse novo mandato”, disse Maria Cristina Tellechea, que acrescentou: “o cargo de Corregedor, muitas vezes incompreendido, vai permitir que, nos novos tempos que se avizinham, possamos recuperar tudo que se misturou e se perdeu nos últimos meses e partir para novos desafios, buscando uma instituição mais resolutiva e que se prepara para atender a sociedade, que um dia nós optamos e acreditamos que pudéssemos defender”.

Em seu discurso de posse, Luciana Sapha Silveira destacou a receptividade do acordo de resolução de conflito disciplinar e reafirmou o compromisso de manter a Corregedoria-Geral do MPRJ um órgão preponderantemente pedagógico. “Sabemos que não há soluções simples para problemas complexos, mas pretendo manter a prática de prevenção de desvios até aqui desenvolvida, por meio de ferramentas tecnológicas de controle interno, das avaliações e do estímulo às boas práticas, para assim tornar nossa instituição cada vez mais forte e eficaz”, destacou a Corregedora-Geral. Por fim, Luciana Sapha parabenizou o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, o Órgão Especial e o Conselho Superior pelos esforços empreendidos para a manutenção “da mais afinada convivência entre os órgãos da Administração Superior, visando aprimorar o diálogo no melhor interesse institucional, e preservando a necessária independência”.

Também participaram da cerimônia o Chefe de Gabinete, Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stavridis e a Procuradora de Justiça Ângela Maria Silveira dos Santos. De forma virtual, participaram, ainda, da solenidade os Procuradores de Justiça Maria Luiza De Lamare São Paulo, Cláudio Henrique da Cruz Viana, Luiza Thereza Baptista de Mattos, Adolfo Borges, Sumaya Therezinha Helayel, Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, Jose Maria Leoni Lopes de Oliveira, Patrícia Silveira da Rosa, Fernando Chaves da Costa, Sérgio Bastos Viana de Souza, Hugo Jerke, Katia Aguiar Marques Selles Porto e Márcio Klang.

### **Discurso da Corregedora-Geral, Luciana Sapha, na íntegra:**

Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça, Dr. Eduardo Gussem, Presidente do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Exma. Senhora Procuradora-Geral de Justiça e Decana, Dr.<sup>a</sup> Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, na pessoa de quem cumprimento os demais integrantes desse Egrégio Colegiado; eminentes pares; digníssimas autoridades; ilustres servidores; meus familiares; meu marido Gino Litchone e meu filho Lucas.



Senhores e senhores, há dois anos aceitei concorrer ao cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Com 27 anos de carreira exercidos em Órgão de Execução, achei-me preparada para enfrentar o desafio. Hoje, ao olhar para trás, tenho certeza que assumir cargo tão relevante foi muito mais que um desafio, foi uma verdadeira missão trazer um novo olhar para o nosso Órgão de Vigilância. Quando se pensa em Corregedoria, a primeira imagem que nos vem à mente é a de um órgão fiscalizador e punitivo. No entanto, na minha gestão, é a função orientadora que vem sendo delineada como a principal função exercida, cujos princípios se erigem sobre a formatação dos planos de trabalho, auxiliando a membros e servidores a bem desempenharem seus múnus. Com ênfase especial na máxima efetividade da persecução penal, na proteção à infância e na maior potencialidade da tutela coletiva, consequência lógica do princípio reitor da eficiência administrativa, sem desrespeito à independência funcional, há que se atentar para a unidade institucional, a fim de garantir uma atividade resolutiva e de qualidade, e de contribuir para o seu constante aperfeiçoamento diante do aumento significativo das demandas sociais.

Nossa Instituição não pode mais se dar ao luxo de funcionar como compartimentos estanques que não dialogam entre si. Cumpre destacar que as práticas auto compositivas vêm sendo difundidas no seio institucional e, no âmbito disciplinar, foram acolhidas pela Lei Orgânica Estadual. Nessa esteira, o acordo de resolução de conflito disciplinar para as infrações leves ganha força com grande resposta *interna corporis* e vem reafirmar meu compromisso de fazer da nossa Corregedoria-Geral um órgão preponderantemente pedagógico. Sabemos que não há soluções simples para problemas complexos, mas pretendo manter a prática de prevenção de desvios

até aqui desenvolvida, por meio das ferramentas tecnológicas de controle interno, das avaliações e do estímulo às boas práticas para assim tornar nossa instituição cada vez mais forte e eficaz.

Exemplos disso são: o redimensionamento da Corregedoria-Geral e a nossa migração para o sistema operacional digital já implementados, além da assinatura, neste ato solene, do Ato Regulamentador da Consensualidade Interna. Por outro lado, qualquer desvio grave de conduta que venha a tomar conhecimento, não hesitarei em adotar as medidas indispensáveis à preservação do interesse público e institucional.

Quero registrar elogio ao trabalho de excelência desempenhado pela equipe de assessores representados pela Primeira Subcorregedora-Geral, Dr.<sup>a</sup> Rita de Cássia Araújo de Faria, bem como ao nosso dedicado corpo de funcionários, liderado pela Diretora Danielle Schlossarek Pinto da Costa. Quero também registrar singela homenagem à primeira Corregedora do Ministério Público mais feminino do Brasil, nossa desbravadora, Dr.<sup>a</sup> Marija Yrneh Rodrigues de Moura, uma das fundadoras do Conselho Nacional de Corregedores e até hoje referência nacional.

Parabenizo nosso Procurador-Geral, Dr. Eduardo Gussem, o Órgão Especial e o Conselho Superior do Ministério Público pelos esforços empreendidos para manutenção da mais afinada convivência entre os órgãos da Administração Superior, visando aprimorar o diálogo no melhor interesse institucional e preservando sempre a nossa necessária independência.

Ao Colégio de Procuradores de Justiça agradeço tão honrosa confiança e reconhecimento pelo trabalho desenvolvido nesses últimos dois anos, redobrando a minha responsabilidade nesta segunda etapa.

Manifesto o meu pesar em solidariedade a todos os familiares das vítimas da Covid-19 e concluo compartilhando um pensamento de Voltaire acerca da intolerância religiosa na Idade Moderna que muito se aplica à realidade brasileira contemporânea: "A discórdia é o grande mal do gênero humano e a tolerância seu único remédio".

Muito obrigada!



# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

## **ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

143-144, 151;

## **ATOS POLÍTICOS**

119;

## **AUTORIDADE NACIONAL**

106, 110, 112-113, 115;

## **COCULPABILIDADE**

177-179, 181-183, 185, 187-189, 191-192;

## **COMPROMISSO(S) DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

195-197, 199 201-208;

## **CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO**

217-218;

## **CONSTITUIÇÃO**

23, 27, 42, 75-78, 81-84, 86-93, 96-99, 108, 112, 119-129, 135-136, 140, 147-149, 152, 164-168, 170-172, 174, 176, 178-179, 184-185, 187, 192, 217-218, 229-231, 233, 244-247, 249-251, 253-254, 257, 261-262, 271, 280, 287, 291-295, 297-298, 301, 303-308, 311-312, 314, 341, 346, 358, 377, 384, 391, 392-394;

## **CONTRATO**

67, 109, 111-112, 140, 149-150, 164, 200, 202, 229-234, 240, 243, 246, 349, 353, 355-356, 360, 362;

## **COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**

19-22, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 37, 39, 41-43, 45, 47;

## **CORRUPÇÃO**

213-216, 377, 396;

## **CRÉDITO NA DÍVIDA ATIVA**

160;

## **CRIMES CIBERNÉTICOS**

19-21, 23, 25, 27, 29;

## **DEMOCRACIA**

20-21, 94-96, 100, 104, 122, 131, 133-134, 136-139, 141, 213-216, 218, 385, 386, 387, 388;

## **DIREITO À INTIMIDADE**

86, 91, 95, 100, 102, 150;

## **DIREITO À PRIVACIDADE**

27, 85-87, 89, 91, 93, 95, 97, 99, 101, 103;

## **DIREITO CONSTITUCIONAL**

35, 86, 88-89, 91-92, 100-101, 103, 119, 123, 125, 127, 131, 137, 161, 190, 217, 291, 307;

## **DIREITO PENAL**

28, 44, 161, 168, 171-173, 176-179, 182-186, 188-191, 277, 308, 330, 343;

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

85-97, 99, 101, 103, 108, 110-111, 114, 116-117, 124, 131, 205, 263, 375, 379;

## **DÍVIDA DE VALOR**

159-160, 162-165, 169, 175;

## **DIVULGAÇÃO**

79, 85-87, 89-93, 95, 97, 99, 101-103, 259-260, 318, 321, 324-328, 356, 384;

## **ESTADO**

87-88, 90-95, 97-99, 101-102, 108-110, 112, 114-115, 117, 120, 122-125, 127, 131, 133, 135, 137-140, 142-143, 149-151, 154, 159, 161-162, 164-165, 171-175, 177-193, 196, 198, 218, 225, 229-233, 239-246, 251-252, 255-256, 263, 290-292, 295, 306-308, 311, 377, 381, 384-386;

## **ESTADOS UNIDOS**

19-26, 28-32, 36, 47, 52, 59, 62, 96;

## **ESTADOS-INDIVÍDUOS**

131, 138;

## **ESTATÍSTICAS**

51-55, 57-65, 67-70;

## **EVOLUÇÃO**

107, 119, 131, 137, 141, 179, 186, 190;

## **EXECUÇÃO**

42, 44, 67, 77, 79, 92, 111, 120, 123, 125, 128, 132, 159-160, 162-167, 169-170, 172-176, 182, 188, 190, 201, 204-205, 240-241, 247, 249, 252, 262, 265-266, 268-271, 277, 279-282, 285, 303, 307, 310, 323-324, 350, 360, 386;

## **EXECUÇÃO FISCAL**

44, 160, 163-166, 169, 172, 174-176, 360;

**FILOSOFIA**

21, 177, 180-181, 186, 188, 192, 223, 225, 227-229;

**HEIDEGGER**

223-224, 226-228;

**HISTÓRIA**

24, 30, 33, 58-59, 76, 99, 131-134, 136, 177, 179-180, 187, 189, 218, 391, 396;

**INCOMPATIBILIDADE(S)**

160, 352;

**INDIVIDUALIDADE(S)**

77, 131, 134, 137, 139, 181, 213;

**INEFICÁCIA DA PENA**

160;

**INFÂNCIA**

75-77, 79, 81, 83, 183, 387, 388, 395, 399;

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

22, 143-153, 155-157;

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA**

143-151, 153, 155-157;

**JUSTIÇA NEGOCIAL**

195, 203;

**JUVENTUDE**

75, 77-79, 81, 83, 183;

**LIBERDADE**

19-23, 25-31, 36-37, 40, 47, 77, 82, 85-87, 90-92, 94-101, 103, 108-109, 124, 126, 131, 133, 136, 139, 156, 161-162, 167, 170, 181, 184, 188, 229-233, 263, 278, 281, 283, 293, 302, 310, 336, 395;

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

19-23, 25-31, 33, 35-37, 39-41, 43, 45, 47, 96-97, 99-101, 103;

**LIBERDADE DE IMPRENSA**

85-87, 90, 92, 96-99, 101;

**LISTA DE VISITANTES**

85-87, 89-93, 95, 97, 99, 101-103;

**MEIO(S) DE PROVA**

51-52, 68, 70, 150;

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

21-22, 105, 131, 139, 141, 143-150, 153-156, 159, 164-166, 196-197, 202-205, 218, 239, 241, 243, 251, 255;

**MOVIMENTOS POR IGUALDADE**

131, 133;

**NEGÓCIOS PROCESSUAIS**

195-197, 199-201, 203, 205-206;

**PARTIDOCRACIA**

213-215;

**PARTIDOS POLÍTICOS**

137, 213-216;

**PENA DE MULTA**

43, 159-163, 165-175, 185, 340;

**POLÍTICA**

26-27, 30, 32, 39, 59, 61, 94, 100, 110, 112, 120-121, 125, 127-131, 134-138, 141, 160, 179, 181, 191, 197, 214-217, 229-230, 233, 255, 268, 295, 357, 380;

**PONDERAÇÃO**

85-89, 91-93, 95-97, 99, 101, 103, 263, 361;

**PORTABILIDADE DE DADOS**

106, 111;

**PRIORIDADES**

75-84, 127, 141, 166;

**PRIVACIDADE**

27, 37, 45, 85-87, 89, 91, 93, 95-97, 99-103, 106, 150;

**PROTEÇÃO DE DADOS**

42, 85, 102, 105-111, 113-116;

**RATIFICAÇÃO**

23, 119-130;

**RECEITA PROVENIENTE**

160, 165-166, 170-171, 173;

**REDIMENSIONAMENTO**

131, 138, 214, 336, 400;

**RELAÇÕES**

75-76, 87-89, 98, 114, 117, 119-120, 123, 127, 131, 138, 141, 179, 183;

**SISTEMA BRASILEIRO**

75;

**PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE**

75, 77;

**SISTEMA DE IGUALDADE**

131-132;

**SISTEMA PRISIONAL**

86, 90, 102, 104, 187, 282, 380, 395;

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

21, 45, 78, 89, 97, 101, 148, 159, 164, 217, 255, 257, 262, 270;

**SVENDSEN**

223, 227-228;

**TÉDIO**

223-228;

**TEORIAS**

134, 177-179, 182, 184-186, 188-192,  
194, 230;

**VIABILIDADE**

62, 177-178, 185, 232, 281-282, 301, 308,  
329, 335-336;

**VIESES COGNITIVOS**

51-52, 54, 56-58, 67, 70.

# Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**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**  
**Patrícia Marques**  
Estagiários

**Davi Kaptzki**  
Projeto Gráfico  
**Jonas Cruz**  
Design Gráfico  
Foto da capa

## 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](mailto: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](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

[revista.publica@mprj.mp.br](mailto:revista.publica@mprj.mp.br)

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

[revista@mprj.mp.br](mailto:revista@mprj.mp.br)