

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

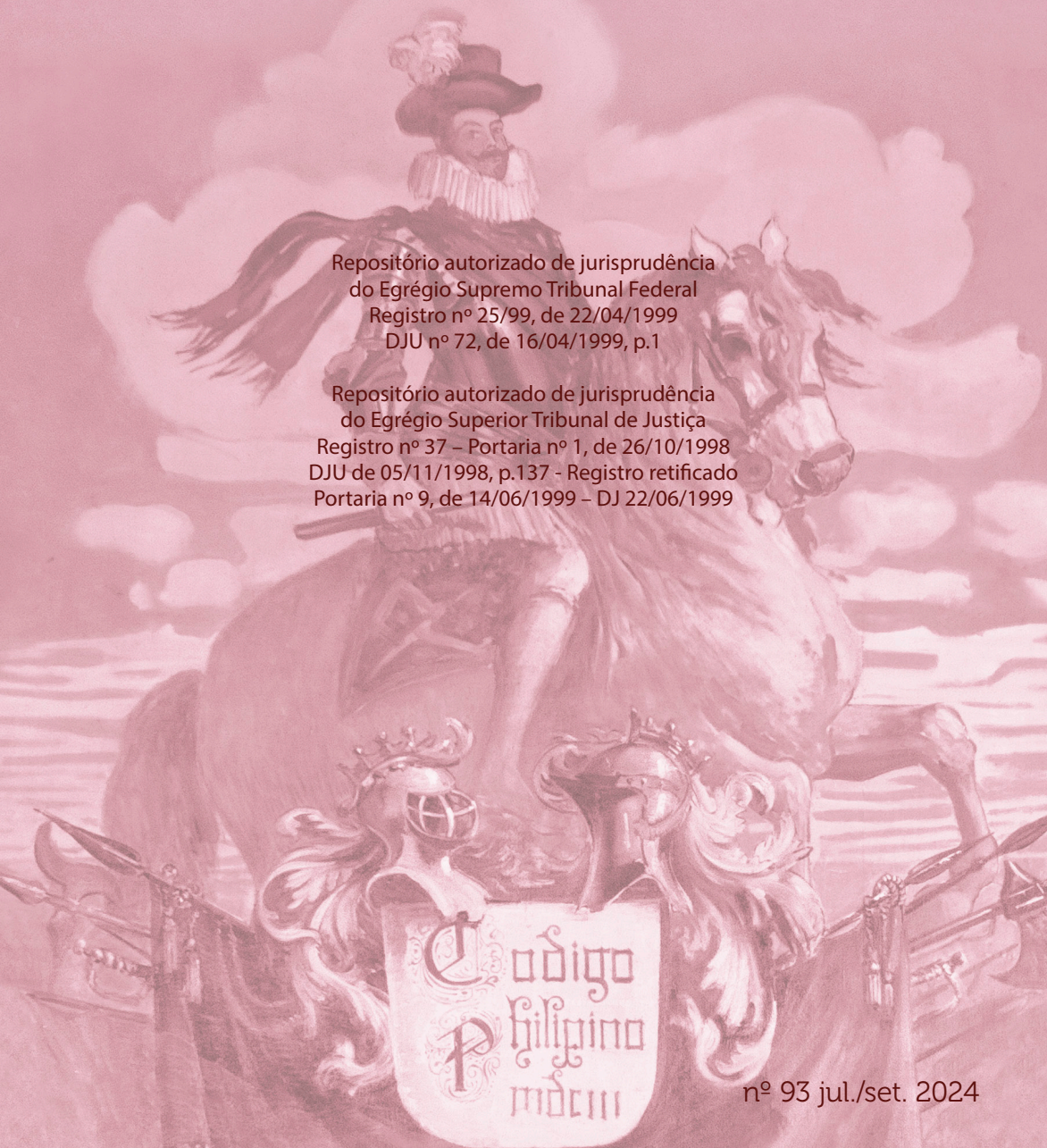


**Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

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



Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Adolfo Borges Filho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

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

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

Redação e Administração

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

1995-2023 (1 - 90)
2024 (91, 92, 93)
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

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Procurador-Geral de Justiça

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

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

Ana Cristina Lesqueves Barra
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Roberto Moura Costa Soares
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

Eduardo da Silva Lima Neto (Respondendo pelo expediente)
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações
Institucionais e Defesa de Prerrogativas

David Francisco de Faria
Chefe de Gabinete

Emerson Garcia
Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins
Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo
Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza

Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins

Corregedor-Geral

Membros natos

Márcio Klang
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Augusto Dourado
Heloisa Maria Alcofra Miguel
José Roberto Paredes
Nelma Gloria Trindade de Lima
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
Fátima Maria Ferreira Melo

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Rita de Cássia Araújo de Faria
Walberto Fernandes de Lima
Luciana Sapha Silveira
Márcia Maria Tamburini Porto
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Patrícia Mothé Gliöche Béze
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza

Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins

Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel
Luiz Fabião Guasque
Flávia de Araujo Ferrer
Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Márcio Mothé Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira

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

Cláudio Henrique da Cruz Viana
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**

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Diretor-Presidente

• • •

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

Fátima Melo
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

O terceiro trimestre do ano, compreendendo os meses de julho, agosto e setembro de 2024, apresenta aos olhos de todos nós uma síntese das consequências de problemas sérios que abordamos em editoriais passados da nossa Revista, deixando claro o grande retrocesso que a humanidade vem sofrendo em diversos setores essenciais para a continuidade da espécie e a sobrevivência do planeta. Falamos das guerras e dos desastres ambientais, ainda com a esperança de que houvesse uma conscientização maior de governantes e organismos internacionais.

Entretanto, nada disso aconteceu. Como em um cálice onde não existe mais espaço para colocação de líquido, uma única gota teve o condão de fazê-lo transbordar, desnudando as consequências nefastas que já se faziam presentes em áreas delimitadas de países, ampliando a tragédia, de forma incontrolável, para áreas de grande extensão, a exemplo do alagamento de um estado brasileiro como o Rio Grande do Sul. Quando se poderia imaginar a capital de tão importante Estado brasileiro sendo invadida impiedosamente pelas águas do rio Guaíba, ocorrendo ainda a destruição de cidades vizinhas, aniquilando casas e matando pessoas inocentes que não tinham para onde fugir. No extremo oposto, os incêndios florestais não pouparam grande parte do nosso território, dando a impressão de que não haveria mais meio de apagá-los. A fumaça chegou a atingir São Paulo, tornando o ar quase irrespirável. E os mesmos discursos voltaram à berlinda, ouvindo-se explicações de especialistas que não tinham o condão de deter, na prática, o poder de destruição da água e do fogo, dois elementos da natureza que, a princípio, desde que controlados, assumem grande relevância para o ser humano em diversos aspectos da sua vida. Enfim, pode-se afirmar que a catástrofe já era anunciada e que expressões como “efeito estufa” e “aquecimento global” haviam deixado o reino do academicismo, mostrando seu potencial destrutivo e reiterando aos poderosos que a ganância na produção exagerada de bens, em busca de mais dinheiro, resultaria em prejuízos colossais, que se protraíam no tempo.

No setor geopolítico, as guerras se intensificaram e a russo-ucraniana já perdeu seu lugar de destaque para o que testemunhamos no Oriente Médio. É a banalização do mal. O conflito envolvendo Israel e o grupo terrorista Hamas foi expandido, sem que todos os reféns do trágico 7 de outubro de 2023 fossem salvos. Milhares de palestinos inocentes foram dizimados, o que seria justificável (se isso fosse possível) pela morte de líderes terroristas nos bombardeios realizados na malsinada faixa de Gaza. Assiste-se à expansão do conflito com o surgimento de um novo *front* de guerra, agora na fronteira norte de Israel, contra o Hezbollah, outro grupo terrorista “representante” do fanatismo iraniano, ameaçando o mundo de uma guerra total. E a ONU se limita a reuniões e resoluções sem qualquer efeito prático visível, de modo a colocar um ponto final nos conflitos. Lamentavelmente, em termos de Direito Internacional, a organização tornou-se palco de protestos e de diatribes entre representantes diplomáticos dos países envolvidos nos conflitos.

São imprescindíveis providências urgentes para que a ONU se transforme num organismo vivo, que possa pôr fim a guerras e punir, com rigor, os violadores da paz internacional. A próxima eleição presidencial norte-americana se constituirá num evento decisivo para a amenização ou o acirramento de todos esses conflitos.

Estamos próximos das eleições municipais no Brasil e já se assiste a uma “involução civilizatória” em debates televisivos, com agressões verbais e até mesmo violência física entre candidatos. O trabalho do Ministério Público será de suma relevância nesse período eleitoral e, certamente, contribuirá em muito para que o *direito ao sufrágio* seja respeitado na sua integralidade. O Promotor Eleitoral deverá estar atento principalmente para que a *captação ilícita de sufrágio*, v.g., não ocorra e para que a propaganda eleitoral obedeça aos ditames legais.

Nesta edição da Revista somos brindados, em sede doutrinária, por artigos que incursionam em diversos ramos do Direito, como podemos constatar na listagem a seguir: *Violência doméstica X direito à convivência familiar*; *Fundamentos para uma revisão crítica da teoria geral dos recursos*; *O acordo de não persecução cível e o momento de celebração*; *A Lei 11.343/06 sob o crivo da comunidade internacional: desafios de constitucionalidade nos tratados antidrogas*; *A obrigatória participação do Ministério Público em todas as fases de recuperação judicial de empresas*; *A busca da “verdade” no processo penal através da prova além de uma dúvida razoável*; *Novo arquivamento de procedimentos criminais*; *A contratação de empresas para a realização de concurso público: adequação aos termos da Lei nº 14.133/2021*; *Experiências da atuação ministerial em processos de desconstitucionalização psiquiátrica de instituições de longa permanência em municípios no Estado do Rio de Janeiro* e *Princípio constitucional da ampla defesa da vítima: exegese do art. 5º, LV, da Constituição Federal e incidência no processo penal brasileiro*.

Em seguida, o Observatório Jurídico tratando de tema atualíssimo: *A reforma tributária em curso*. No Observatório Filosófico, o artigo que oferecemos aos leitores tem o título *Refletindo sobre e a relatividade de uma ética do dever, a partir de um conto do famoso escritor irlandês Oscar Wilde*. E no Observatório Literário, o texto intitulado *Importância da formação de leitores: reflexões sobre literatura, leitura e desenvolvimento*.

Nas Peças Processuais, são trazidos a lume dois pareceres: o primeiro versando sobre a inconstitucionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal e, o segundo, tratando da “possibilidade jurídica de Municípios brasileiros ajuizarem ações contra empresas estrangeiras perante tribunais estrangeiros como meio de se recomponem financeiramente pelos gravíssimos prejuízos socioambientais sofridos por atos dessas empresas em seus territórios”. Em seguida, peças referentes a representação à CONAMP para avaliação de ajuizamento de ADPF “em face de ato não normativo do Comando Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais que recomenda, determina e autoriza que investigação de homicídio doloso contra vítima civil permaneça com a Autoridade de Polícia Judiciária Militar”.

Para finalizar os temas jurídicos, deparamo-nos com a seção jurisprudência, com acórdãos das áreas cível e criminal oriundos dos nossos Tribunais Superiores: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

E, finalmente, o Noticiário, em que se destaca, como providência relevante no âmbito ministerial, a assinatura, por parte de nosso Procurador Geral de Justiça, do “termo de adesão ao acordo de cooperação técnica firmado entre o CNMP e o STJ para a racionalização na tramitação de processos”.

Desejamos aos nossos leitores ótimos momentos de leitura e de reflexão; e agradecemos aos autores, que contribuíram com excelentes textos para que esta edição viesse a lume. Reiteramos, outrossim, o pedido de envio de artigos e peças processuais para publicação na Revista.

EMERSON GARCIA

Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO

Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Violência doméstica X direito à convivência familiar

Beatrice Marinho Paulo

Mônica Jardim Rocha..... 21

Fundamentos para uma revisão crítica da teoria geral dos recursos

Elie Pierre Eid..... 31

O acordo de não persecução cível e o momento de celebração

Emerson Garcia..... 65

A Lei 11.343/06 sob o crivo da comunidade internacional: desafios de convencionalidade nos tratados antidrogas

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro..... 83

A obrigatória participação do Ministério Público em todas as fases do processo de recuperação judicial de empresas

Jorge Lobo..... 109

A busca da “verdade” no processo penal através da prova além de uma dúvida razoável

Pedro Eularino Teixeira Simão 129

Novo arquivamento de procedimentos criminais

Renee do Ó Souza

Caroline de Assis e Silva Holmes Lins

Ana Flávia Assis Ribeiro..... 151

A contratação de empresas para a realização de concurso público: adequação aos termos da Lei nº 14.133/2021

Rita Tourinho 173

Experiências da atuação ministerial em processos de desinstitucionalização psiquiátrica de instituições de longa permanência em municípios no Estado do Rio de Janeiro

Sheila Vargas 191

Princípio constitucional da ampla defesa da vítima: exegese do art. 5º, LV, da Constituição Federal e incidência no processo penal brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Kledson Dionysio de Oliveira 235

Observatório Jurídico

A reforma tributária em curso

Ives Gandra da Silva Martins 263

Observatório Filosófico

Refletindo sobre a relatividade de uma *ética do dever* a partir de um conto do famoso escritor irlandês Oscar Wilde

Adolfo Borges Filho 269

Observatório Literário

Importância da formação de leitores: reflexões sobre literatura, leitura e desenvolvimento

Gilda Carvalho 279

Peças Processuais

Parecer Técnico-Jurídico. Parecer oriundo da 26ª Promotoria de Justiça Cível de Cuiabá do Ministério Público do Mato Grosso. Objetivo: representação pela inconstitucionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal, a fim de que eventualmente seja proposta Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da incompatibilidade normativa dos supracitados artigos em face de diretrizes constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção de vítimas de violência doméstica.

Renne do Ó Souza 291

Parecer Técnico-Jurídico. Parecer do Advogado e Consultor Jurídico Valerio de Oliveira Mazzuoli. Objetivo: esclarecer quanto à possibilidade jurídica de Municípios brasileiros ajuizarem ações contra empresas privadas estrangeiras perante tribunais estrangeiros, como meio de se recompor financeiramente

pelos gravíssimos prejuízos socioambientais sofridos por atos dessas empresas em seus territórios.

Valerio de Oliveira Mazzuoli 309

Representação da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para encaminhamento à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Objetivo: avaliar a possibilidade de ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal em face de ato não normativo do Comando Geral da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que recomenda, determina e autoriza que investigação de homicídio doloso contra vítima civil permaneça com a Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

Hélvio Simões Vidal.....351

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO. *Habeas Corpus*. 2. Processual penal. 3. Competência e prisão preventiva. 4. Competência da primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Ausência de conexão com a Operação Ponto Final, em trâmite perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Colaboração premiada não fixa competência (INQ 4.130, Rel. Min. Cármen Lúcia). Autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final. 5. Concessão da ordem para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual em razão da ausência de conexão com a Operação Ponto Final.

HC 200541, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 07-12-2021, Processo Eletrônico DJe-065 Divulgado em 01-04-2022, Publicado em 04-04-2022..... 405

Jurisprudência Cível

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO. Recursos Extraordinários em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. Direito Constitucional e Administrativo. Lei 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro. Artigo 37, IX, da CRFB/88. Norma de reprodução obrigatória. Artigo 77, XI, da Constituição Fluminense. Contratação temporária de excepcional interesse público. Repercussão Geral do tema já reconhecida. Tema 612. Requisitos de temporariedade e excepcionalidade. Previsão genérica e abrangente. Inconstitucionalidade de previsão exemplificativa e genérica de hipóteses

que ensejam a contratação temporária. Provimento do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público. Desprovimento dos recursos interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa local.

*RE 1186735, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 25-04-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n Divulgado em 07-06-2023, Publicado em 09-06-2023.....***435**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 3º, IX, da Lei 7.170/99, do Estado de Mato Grosso. 3. Multas depositadas nos Fundos Municipais de Defesa do Consumidor como fonte de receita do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. 4. Violação à autonomia dos municípios. Impossibilidade. 5. Estados não podem apropriar-se de recursos dos Fundos Municipais. 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

*ADI 3570, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13-10-2020, Processo Eletrônico DJe-258 Divulgado em 26-10-2020, Publicado em 27-10-2020.....***459**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2223319 / MATO GROSSO DO SUL (2022/0317963-3). Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Tráfico de Drogas. Recurso do Ministério Público Estadual. Nulidade das provas. Violação de domicílio. Autorização do agravado não comprovada. Condenação. Impossibilidade. Ausência de materialidade delitiva. Agravo Regimental desprovido.

*AgRg no AREsp n. 2.223.319/MS, Relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023.....***497**

HABEAS CORPUS Nº 769197 / RIO DE JANEIRO (2022/0282401-6). *Habeas Corpus.* Estatuto da Criança e do Adolescente. Procedimento especial de apuração do ato infracional. Interrogatório ao final da instrução. Aplicação do art. 400 do CPP. Novo entendimento. Alteração da jurisprudência e modulação de seus efeitos. *Habeas Corpus* concedido.

*HC n. 769.197/RJ, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 21/6/2023***507**

Jurisprudência Cível

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532.596 / RIO DE JANEIRO (2014/0143033-0). Processual Civil e Administrativo. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Serviço de transporte público coletivo explorado mediante permissão precária. Inexistência do direito à

indenização. Art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995. Ausência de identidade com o que foi decidido no julgamento do RE 1.001.104 (Tema 854). Art. 1.030, II, do CPC. Juízo de retratação negado.

*AgRg no AREsp n. 532.596/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 17/2/2023.....***529**

Noticiário

PGJ apresenta ao Ministro Edson Fachin as ações do MPRJ no cumprimento da ADPF 635**543**

PGJ assina termo de adesão ao acordo de cooperação técnica firmado entre o CNMP e o STJ para a racionalização na tramitação de processos**547**

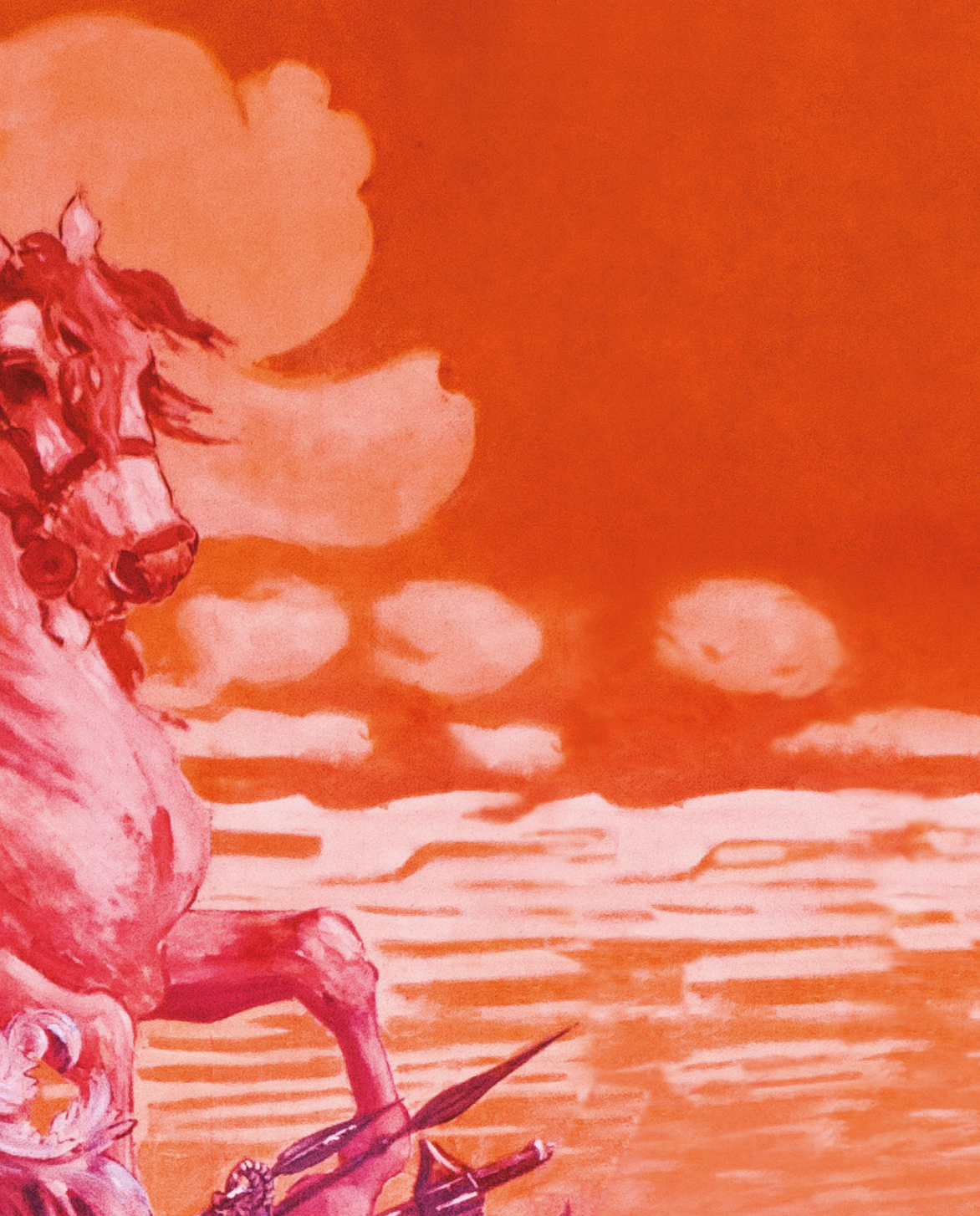
Setembro Amarelo: MPRJ promove evento com especialistas em saúde mental.....**549**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....**551**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Violência doméstica X direito à convivência familiar

Domestic violence x right to family life

Beatrice Marinho Paulo*

Mônica Jardim Rocha**

Resumo

Tratar do direito à convivência familiar de uma criança cuja família vivencia situações de violência doméstica é algo muito mais complexo do que pretendem muitos legisladores e operadores do Direito. Esse é um tema delicado, que não permite uma resposta única, tendo em vista que muitos fatores precisam ser considerados, ao buscarmos o Melhor Interesse da Criança. Este artigo pretende iniciar a discussão sobre estes fatores, descortinando essa complexidade.

Abstract

Dealing with the right to family life of a child whose family experiences situations of domestic violence is much more complex than many legislators and legal practitioners intend. This is a delicate topic, which does not allow for a single answer, given that many factors need to be considered when seeking the Child's Best Interest. This article intends to start the discussion about these factors, revealing this complexity.

* Doutora e Mestre em Psicologia Clínica pela PUC-Rio (2006 e 2011). Mestre em Direito Civil pela UGF (2006). Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela UERJ. Especialista em Psicologia Jurídica, pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela UFRJ e em Psicologia pela UGF. Psicóloga do Núcleo de Apoio Técnico Multidisciplinar do Ministério Público do Rio de Janeiro (NATEM / MP-RJ). Coordenadora do Curso de Pós-graduação em crianças, adolescentes e famílias do IERBB / MP-RJ. Professora de Psicologia Jurídica no Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB-MP/RJ). Fez o curso de extensão "Trabalho Social com Famílias", promovido pela Terra dos Homens. Foi Docente de Psicologia Aplicada ao Direito, na Universidade Estácio de Sá, e de Direito de Família e de Sucessões na UniverCidade. É palestrante, congressista, autora e organizadora do livro "Psicologia na Prática Jurídica: a Criança em Foco", publicado pela Editora Saraiva, e do livro "Em defesa dos laços de afeto: desmistificando a alienação parental", da Ed. Mundo Contemporâneo. Coautora do capítulo "A perícia psicológica e o Ministério Público Estadual" do livro "A perícia psicológica no Brasil", de Andreia Soares Calçada e Marisa de Menezes Marques; autora do livro infantil "Nossa História", publicada pela Editora Metanoia. Associada ao IBDFAM, à ABRAFH e à ABPJ.

** Especialista em Dependência Química e outros Transtornos Compulsivos pela Universidade de Vassouras (2009). Graduada em Psicologia pela Universidade de Vassouras. Psicóloga do CRRAl de Barra do Pirai, do Ministério Público do Rio de Janeiro. Supervisora do Projeto Pais em Paz, coordenado pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Família e de Pessoas com Deficiência. Já ministrou aulas sobre trabalho da Equipe Técnica do Ministério Público na Pós-Graduação em Crianças, Adolescentes e Famílias, do IERBB/MP-RJ (que hoje cursa como especializanda) e sobre Psicologia Jurídica na Universidade de Vassouras. Autora do capítulo "Alienação Parental: a mais grave forma de abuso emocional", do livro "Psicologia na Prática Jurídica: a Criança em Foco", publicado pela Editora Saraiva. Coautora do capítulo "A perícia psicológica e o Ministério Público Estadual" do livro "A perícia psicológica no Brasil", de Andreia Soares Calçada e Marisa de Menezes Marques.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Direito à Convivência Familiar. Melhor Interesse da Criança.

Keywords: *Domestic Violence. Right to Family Life. Best Interest of the Child.*

Nos últimos tempos, tornou-se muito frequente o debate sobre o Direito do Autor de Violência Doméstica à Convivência com os filhos, culminando na promulgação da Lei 14.713, em 30 de outubro de 2023. Tal lei altera o Código Civil e o Código de Processo Civil, colocando o risco de violência doméstica como uma das causas impeditivas do exercício da Guarda Compartilhada e impondo ao juiz o dever de indagar previamente ao Ministério Público e às partes sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo o casal ou os filhos.

Acreditamos que esta Lei, como todas as Leis, não é boa nem ruim em si, pois elas sempre dependem da forma como são interpretadas e aplicadas. Entretanto, temos alguns temores que já nos acompanham antes de sua existência, sempre que ouvíamos um lado ou o outro do debate se manifestando sobre o assunto. Temos sempre a sensação de que desejam reduzir toda uma gama de situações complexas a uma história única, que demanda um tratamento único. Seja um lado, seja o outro, apontam sempre uma mesma solução para todos os casos, como se apenas um determinado cenário fosse possível, quando a realidade nos mostra diariamente que não é assim.

Em primeiro lugar, se pararmos para analisar alguns casos de violência doméstica, percebemos que parte deles conta com uma pessoa de natureza violenta. Nestes casos, a questão é *intrapsíquica*: o autor da violência é uma pessoa essencialmente agressiva, e esta sua agressividade se mostra não apenas na relação com sua esposa / companheira, mas em diversas outras oportunidades. Ele tem relatos de agressividade em sua família de origem, com seus amigos, em seu trabalho, na rua, e, obviamente, com seus filhos. Nestes casos, a criança realmente ficará em risco, caso tenha convivência com o pai sem ninguém para acompanhar ou supervisionar esses contatos.

Em outros casos, entretanto, não encontramos uma pessoa essencialmente agressiva. Não há relatos de violência habitualmente praticada por ela fora daquela relação. Em alguns casos não há relato de violência reiterada sequer dentro do relacionamento. A narrativa é de apenas um episódio isolado no qual um perdeu a cabeça e praticou o ato agressivo. Nos casos em que a violência contra o cônjuge é habitual, sendo a agressão a linguagem utilizada naquela relação, é preciso ter em vista que a questão aí é *interrelacional*: há um padrão disfuncional naquele relacionamento, que se desenvolveu dessa forma pelas razões mais diversas, que dizem respeito a peculiaridades e idiossincrasias de cada um. Pode ter a ver com a ideia que eles tenham do que é o amor e de como é ser amado, por exemplo. Uma hipótese dessas é a crença de que o amor verdadeiro é marcado pelos ciúmes e que ser segura

pelo braço com força ou ter os cabelos puxados são provas de amor. Tal concepção favorece o uso da violência na relação.

Em alguns desses casos, é preciso lembrar, a violência é praticada por ambos os parceiros. De forma geral, no entanto, enquanto os homens utilizam prioritariamente a violência física, deixando marcas facilmente constatáveis em um exame de corpo de delito, as mulheres costumam lançar mão mais frequentemente da violência moral e psicológica, que não deixa marcas visíveis. Um exemplo desses é um caso atendido há alguns anos: o marido estava desempregado há meses, totalmente desanimado pela busca infrutífera por uma nova colocação e com a autoestima muito prejudicada pelo fato de não estar conseguindo ser o provedor para que foi criado e que todos esperavam que ele fosse. Aos olhos da mulher, que estava sustentando a casa com seu salário como secretária, ele também estava desqualificado como homem, por não ser capaz de suportar os gastos da família. Ela vivia o comparando com o seu chefe, que era muito bem-sucedido, o que o fazia se sentir muito humilhado, com sentimento de menos valia. Ela falava tanto do chefe, e de forma sempre tão elogiosa, que criou no marido suspeitas de que eles estivessem tendo uma relação extraconjugal (o que nem acontecia de fato). Certo dia, o marido estava voltando para casa depois de ter participado de diversas entrevistas e processos de seleção em busca de um emprego, sem ter obtido sucesso em suas tentativas. Ele parou em um bar onde encontrou amigos que lhe ofereceram bebidas alcoólicas, as quais tomou, desanimado para voltar para casa. Quando enfim retornou ao lar, já sob a influência do álcool, encontrou a esposa que, assim que o viu, fez um comentário desastroso sobre ele, comparando-o novamente ao seu chefe. Ao ouvir aquilo, completamente irado e fora de si, o marido a agrediu fisicamente e a deixou cheia de hematomas e equimoses. Ela foi à Delegacia, fez o registro da ocorrência, submeteu-se ao exame de corpo de delito, e ficou constatada a violência doméstica praticada pelo marido.

De forma alguma negamos essa violência. E qualquer violência é sempre inaceitável, salvo se for em legítima defesa. O que queremos dizer é que, neste caso, a agressão física praticada pelo marido não foi a única, nem a primeira forma de violência que ocorreu nesta relação. Nesta hipótese, é inegável a ocorrência da violência psicológica praticada pela esposa também. Uma violência praticada de forma reiterada, que não deixou marcas constatáveis no exame de corpo delito, mas que podem ser tão devastadoras quanto as marcas deixadas no corpo da esposa, embora socialmente haja uma tendência a menosprezá-las.

Não estamos dizendo de forma alguma que a violência praticada em casos como esse seja justificável, e muito menos que em todos os casos a história aconteça desta forma. O que estamos tentando sustentar aqui é justamente o oposto disto: nem essa, nem nenhuma outra história pode ser usada como modelo para todos os casos. As hipóteses são infinitas, é preciso que se tenha o tempo, a paciência e o cuidado de avaliar cada uma delas para entender realmente a dinâmica da relação e dar a cada uma o tratamento mais adequado.

Além da situação de violência em si, é preciso que se analise também a repercussão dela sobre as crianças. Os militantes dos dois lados do debate podem não acreditar, mas ela não é sempre a mesma. É tão equivocado dizer que *“o que ele é como marido em nada interfere no que ele é como pai”* quanto *“um mau marido não pode ser um bom pai”*. Ambas são visões radicais e facilmente contestadas por situações fáticas da realidade.

A violência de um genitor contra o outro é uma violência também contra os filhos que a presenciam, mesmo que não praticada diretamente contra eles. Entretanto, é preciso que se entenda que, para cada criança, esta experiência terá uma repercussão diferente. Até porque, cada história de violência tem seu próprio contexto que precisa ser levado em conta.

Em nosso trabalho, já atendemos todo tipo de caso e, baseadas neles, podemos afirmar que de fato há muitas crianças que, mesmo não tendo sofrido nunca nenhuma agressão diretamente, desenvolveram verdadeiro horror ao pai, por toda a violência que presenciaram na relação dele com a mãe, e não querem mais conviver com ele de forma alguma. Há outras, porém, que, apesar de terem também presenciado situações de violência entre os pais e quererem mais que tudo que estas cessem, ainda adoram o pai, têm uma relação maravilhosa com ele, e sofreriam muito se ele deixasse de fazer parte de suas vidas. Estas sentem a falta do pai quando ele, por qualquer razão, não se faz presente e desejam continuar convivendo com ele.

Cada relação parento-filial é construída de uma forma única, diferente de todas as demais. Há casos em que presenciar a violência praticada pelo pai contra a mãe é algo tão traumático, gera um impacto tão negativo, que não há meio de o filho ou a filha conseguir perceber aquele homem de alguma maneira positiva – pelo menos não antes de muito tempo de terapia. Mas também há casos em que, apesar da violência assistida, apesar do relacionamento tóxico ou abusivo existente entre pai e mãe, aquele mesmo homem tem também outros significados para aquela criança, desempenha outros papéis, outras funções na vida dela. Eles vivenciaram juntos outras experiências, compartilham outras lembranças, e, por isso, apesar de tudo, mantêm um vínculo afetivo forte e ele é um dos pilares da formação emocional do filho. Nestes casos, afastar o pai desse filho seria uma violência emocional contra este filho, talvez ainda mais devastadora do que a violência contra a mãe que ele presenciou.

Desta forma, podemos dizer que, em alguns casos, o homem pode sim ser um mau marido, mas também um bom pai. A crença de que qualquer agressão praticada entre o casal é sempre incompatível com a boa parentalidade, desconsiderando os contextos e as dinâmicas familiares, não condiz com a realidade e a complexidade das famílias a que atendemos.

Obviamente, é preciso que consideremos também outras possíveis repercussões que a situação de violência pode ter para a criança – mesmo para aquela que sente a falta do pai e deseja conviver com ele. É preciso que atentemos para o risco de a criança naturalizar o comportamento violento; de ele afetar de uma forma devastadora sua constituição psicológica e as relações que esta criança estabelecerá com outras

peessoas no futuro. Mas nem para isso há uma resposta única: é preciso que se avalie cada caso e que se procure qual a melhor forma de lidar ou de prevenir em cada um deles. Nem sempre essa naturalização acontece; nem sempre a melhor forma de preveni-la é a vedação da convivência ou o impedimento da guarda compartilhada; e, acima de tudo, nunca há uma única resposta que atenda todos os casos. É preciso que a criança entenda o quão condenável foi o comportamento agressivo do homem, mas sem que para isso as relações se confundam e embaralhem, misturando o homem/marido com o homem/pai.

Além desses vários e distintos cenários que podem acontecer em casos em que há violência doméstica, que precisam ser seriamente considerados quando discutimos sobre o direito “do autor de violência” – *não seria da criança?* – à Guarda Compartilhada e à convivência com os filhos, temos ainda, infelizmente, que refletir sobre um tema bastante espinhoso, que ocupa de forma cada vez mais abusiva as lides judiciais: as fraudes nos casos de família.

Infelizmente, a cada dia que passa parece ser mais frequente a alegação de situações que não ocorreram de fato nos litígios de família. Falsas acusações de abuso sexual, de alienação parental, de violência doméstica, o uso de alegações enganosas com o intuito de alcançar algum interesse pessoal. Já ouvimos que mais de 50% das denúncias em Varas de Família são falsas! Também já ouvimos que as falsas denúncias não chegam a 1% dos casos delatados. Como não somos estatísticos (e sabemos o quanto os estatísticos estudam para poder coletar, analisar e interpretar os dados de forma adequada, bem como o quão trabalhoso é fazer isto) e nem temos conhecimento de nenhuma estatística oficial a este respeito, não vamos nos atrever a apontar um número. Todavia, o mero fato de que falsas denúncias existem, fato este que ninguém nega, já deve fazer com que estejamos atentos a esta possibilidade, e tenhamos cuidado redobrado para aplicar qualquer medida mais drástica, especialmente se afeta direitos que vão além daqueles do casal, atingindo os filhos.

Tivemos um caso em que o pai ficou por vários meses impedido de estar com os filhos, que o adoravam e sentiram muito a sua ausência, por causa de uma denúncia feita pela mãe de que ele a teria agredido em uma movimentada avenida, em determinado dia e horário. Ocorre que, neste dia e horário, o pai estava prestando prova em concurso público, a quilômetros dali. Ele tentou demonstrar isso ao Juízo e reverter a decisão que o impedia de estar com os filhos, mas muitos meses transcorreram antes que o Juiz lesse suas petições e se manifestasse sobre elas. Meses estes que aqueles filhos ficaram sem a presença do pai. Esse caso, em que não existia histórico de violência doméstica anterior, nem tampouco comportamentos violentos do pai contra os filhos, teria sido menos danoso para estes se o direito à convivência tivesse sido resguardado, estabelecendo-se visitas supervisionadas enquanto os fatos estivessem sendo esclarecidos.

Também tivemos casos em que havia alegação de violência doméstica no processo, mas o comportamento da mãe a todo o tempo desmentia isso. A maneira com que falava com o pai das crianças; a forma como se dirigia a ele; e até mesmo

as reações que ele tinha nas interações com ela faziam com que, no decorrer dos nossos encontros, tornasse-se cada vez mais claro que, se havia tido alguma violência doméstica, não teria sido ela a vítima. Especialmente quando, num dos últimos encontros, eles nos contaram que ela era faixa preta de jiu jitsu e que já havia ganhado várias medalhas em campeonatos.

Ainda para exemplificar, trazemos o caso em que, após uma separação conturbada, houve uma medida protetiva em favor da mulher por ameaças a ela, supostamente enviadas por mensagens de WhatsApp para a psicóloga da criança. Medida protetiva essa que a mãe estendeu para a filha por decisão própria. Para a surpresa do pai, quando ele recorreu à Justiça pelo descumprimento do acordo de convivência, a ex-mulher entrou com pedido de medida protetiva em favor da filha, como sua representante, alegando danos emocionais à menina, causados pela convivência com o pai. Um afastamento cautelar entre pai e filha foi determinado em decisão judicial por 06 meses. Já se passaram dois anos e o pai não consegue mais ter contato com a filha, pois a ex-mulher se mudou com ela para outro estado, usando ainda a medida protetiva como justificativa para a mudança.

Em outro caso, em que também havia alegação de violência doméstica com medida protetiva em favor da mãe, ela não alegava descumprimento desta quando o pai levava o filho adolescente para visitá-la, em uma tentativa de reconstruir os laços entre eles, que haviam sido rompidos. Porém, ela não hesitou em alegar o descumprimento da medida quando aquele pai, retornando do trabalho pelo único caminho possível, passou de carro em frente à sua casa e cumprimentou de longe a sua filha quando a avistou.

Por casos como estes é que não somos favoráveis a uma vedação absoluta e *a priori* do encontro do ex-casal (ou do autor da violência com os filhos) nas dependências do Ministério Público. Desde que haja anuência de ambas as partes, consideramos possível o encontro. Quando recebemos um caso para ajustar a convivência entre a criança e os pais, buscamos construir com os envolvidos o acordo de convivência. Naqueles em que há denúncia de violência doméstica, é preciso, antes de qualquer coisa, fazer uma avaliação de cada um, o que se dá a partir de conversas individuais com cada parte e com cada um dos filhos, para avaliarmos a possibilidade dos encontros entre eles ocorrerem. Até hoje, poucos foram os casos em que as pessoas demonstraram não querer esse encontro ou se sentiram vulneráveis diante dele. A maioria declara se sentir segura no ambiente do Ministério Público e agradece por ter ali um espaço onde conseguem de alguma forma dialogar com o outro e fazer combinados sobre a convivência com os filhos. Dizem que dificilmente em outro lugar conseguiriam ser realmente ouvidas pela outra parte.

Exemplo disso foi um caso de comprovada violência doméstica, em que atuamos visando assegurar o direito à convivência do filho com a mãe. Ao iniciarmos os atendimentos, foi perguntado à mãe se ela se sentiria segura nos encontros com o pai do filho, tendo ela respondido que se sentiria segura no ambiente do Ministério Público, especialmente durante o tempo dos atendimentos, pois tinha certeza de

que o ex-marido nunca iria cometer violência física ou psicológica contra ela ali, por querer construir uma imagem ilibada para a profissional que os atendia.

Claro que sempre há todo um cuidado da nossa equipe com as pessoas, especialmente quando algo indica que podem ter vivenciado algum tipo de situação de violência. Entretanto, é fundamental que as portas não estejam fechadas *a priori* e que possamos realmente nos aproximar de cada caso, conhecer a versão de cada pessoa, “juntar as peças do quebra-cabeça”, para entender aquele cenário específico, atuando de forma personalizada, customizada, em cada um deles.

Continuamos defendendo o que sempre defendemos: para o desencanto de muitos, não é possível dar uma resposta única para todos os casos! Não quando eles envolvem crianças e famílias; quando envolvem as relações humanas mais íntimas e mais constitutivas. É preciso que, antes de qualquer medida, se entenda a dinâmica daquela violência e, sobretudo, as repercussões que ela teve para as crianças no caso concreto, para então sim podermos dizer qualquer coisa sobre o seu Melhor Interesse e apontar a forma de atuação que de fato lhe seja protetiva.

E é nesse ponto nossa maior preocupação com relação à nova Lei. Será temerário se ela for aplicada de maneira automática e desastrada, atropelando o direito das crianças à convivência com o pai todas as vezes em que houver qualquer alegação de violência doméstica. Isto, tristemente, estimulará ainda mais as falsas denúncias visando punir de algum modo aquele homem, retirando dele o direito de estar com os filhos. E, mais uma vez, serão as crianças (prioridade absoluta de nosso ordenamento jurídico) as maiores prejudicadas.

Aflige-nos, assim, as nuances mais finas na aplicação da nova Lei. Apesar de reconhecermos suas boas intenções e os legítimos direitos das mulheres vítimas de violência que a nova lei visa a garantir, tememos que sua linguagem, a forma imprecisa com que foi escrita – não estabelece critérios objetivos para a efetiva proibição da guarda compartilhada – e a uniformização do tratamento que prescreve para as situações as mais diversas, terminem por confundir os direitos das mulheres com os das crianças¹, desconsiderando o direito à convivência familiar destas últimas, na suposição de que esta convivência seja sempre avessa ao Melhor Interesse delas – o que nem sempre acontece, como visto acima.

A possibilidade de retirarem um direito tão essencial de uma criança pela mera alegação de violência doméstica feita por uma das partes nos gera grande inquietação. A forma como a nova lei foi redigida, além de estimular falsas denúncias por litigantes de má-fé, que busquem obter vantagens pessoais com a situação, pode ainda levar a uma inversão completa de valores, priorizando os interesses dos adultos ao invés dos daquelas que, segundo a Constituição, deveriam ter prioridade absoluta, as

¹ Note-se que esta cautela não impede que mulheres possam procurar os seus direitos, inclusive demonstrando o prejuízo que a violência sofrida por elas gerou nos filhos, caso em que a negação da guarda compartilhada e a busca por alternativas de convivência se justificam. O que não aceitamos é que a mera alegação de violência implique de forma automática, categórica e inexorável na vedação da guarda compartilhada e na restrição da convivência, como querem alguns.

crianças. Estas correm o risco de serem, em última análise, punidas, pois a nosso ver é extremamente violento assumir que qualquer autor de qualquer ato de violência, ainda que de menor gravidade e não reiterado, seja sempre inapto para a parentalidade, não tendo capacidade ou condições para partilhar a guarda dos filhos ou participar da sua vida. Assumir isso de forma absoluta e *a priori* inviabiliza o reconhecimento da especificidade e da dinamicidade das relações familiares, assumindo quase o caráter de uma sentença de pena perpétua.

Será desastroso se começarem a tomar decisões assim apenas baseados em uma hipótese, sem atentarem para a parte da lei que prevê a existência de indícios ou provas pertinentes ou de elementos que evidenciem a probabilidade da violência, ou aceitando apenas o Registro de Ocorrência ou mesmo a Medida Protetiva, que atualmente prescinde de ritos ou provas para ser concedida, como indícios ou elementos de evidência suficientes.

Além disso, é importante lembrar que os novos dispositivos trazidos pela Lei 14.713/2023 não podem ser compreendidos ou aplicados de forma literal e isolada, pois, como se sabe, a interpretação de toda lei precisa ser efetuada de forma sistemática. Assim, não se pode esquecer o previsto, por exemplo nos artigos 693 a 699 do Código de Processo Civil, empreendendo esforços em prol de uma solução consensual da controvérsia, seja através da mediação, da conciliação ou do atendimento pela equipe multidisciplinar, que deverá avaliar que família é essa; quando e como surgiu a denúncia de violência doméstica; como eram essas relações antes da violência doméstica; se foi um ato isolado ou as agressões eram habituais; quem são esses pais; como o filho está inserido no contexto da suposta violência doméstica; como o filho interage nesse contexto e com esses pais; quem é esse pai na visão do filho. São inúmeras questões a serem analisadas, mas só assim não correremos o risco de contribuir com a prática de uma violência emocional contra crianças e adolescentes, o que seria uma violência institucional, uma maldade discreta disfarçada da proteção contra a violência doméstica.

Resta, porém, saber se a Justiça brasileira está preparada e estruturada para colocar em prática o que está prescrito na lei. Se os operadores de direito sabem identificar, por exemplo, em que casos caberia a mediação e em que casos caberia conciliação ou o estudo técnico feito por equipe multidisciplinar; se conciliadores, mediadores estão capacitados para conduzir tais procedimentos, sem que as partes se sintam coagidas a fechar um acordo, seja ele qual for; se as equipes técnicas conseguem fazer um trabalho de qualidade, tendo tempo para realizar um estudo mais profundo, que traga efetivas contribuições para a resolução do caso, sem serem pressionados pela necessidade de manter uma estatística de produção. Se não, corre-se o risco de agravar a violência, de cristalizar uma injustiça. Isto tudo faz com que retornemos ao velho ponto da necessidade premente de capacitação continuada de todos os atores do sistema de justiça – muito mais importante do que a discussão sobre a revogação ou reforma de qualquer lei, diga-se de passagem.

É importante ainda atentar para o fato que, ao contrário da Lei Maria da Penha, a nova lei em momento nenhum menciona violência *contra a mulher* em seu texto. Ao contrário, no texto da Justificativa da Alteração que foi feita no Projeto de Lei, está escrito que o juiz deverá decretar a guarda unilateral “*ao genitor que não é responsável pela violência ou pela situação de risco*”, de forma bem genérica, portanto. Isso quer dizer, que ele diz respeito a qualquer um dos genitores. Não pode o intérprete restringir onde a lei não restringe.

Ademais, o texto legal também não restringe o tipo de violência a que se refere. É preciso lembrar que violência moral, patrimonial e psicológica (categoria dentro da qual encontramos a alienação parental, frise-se) são também formas de violência e, portanto, também podem dar causa a este impedimento. Desta forma, pelo texto legal, ficando constatada a prática de qualquer uma delas por qualquer um dos genitores, a guarda deve se tornar exclusiva do outro.

Obviamente, em qualquer das situações, a mera alegação não basta. É necessário que haja os tais indícios ou provas, os elementos que a evidenciem. Como muito bem colocou a Dra. Rosana Cipriano, que fez parte do seletor grupo que nos deu a honra da primeira leitura crítica a este texto², “*onde há questões permeadas pelo afeto e direitos de personalidade de seres humanos não é possível estabelecer uma regra geral que deva ser automática e imediatamente aplicada, sem considerar uma dilação probatória mínima que nos permita compreender as peculiaridades de cada caso concreto. Devemos ser necessariamente comprometidos na verificação da singularidade de cada caso que nos é submetido.*”

Por fim, embora isto não esteja escrito de forma literal no texto da nova lei, consideramos importante que a violência impeditiva do compartilhamento da guarda seja atual, e não histórica – ou ao menos que seus efeitos o sejam; e que não possa ser neutralizada por medidas protetivas pedagógicas. A nosso ver, havendo essa possibilidade e sendo isto do interesse da criança, guarda e convivência familiar devem ser mantidas, ainda que de forma supervisionada, investindo-se na criação ou na reconstrução de vínculos parento-filiais saudáveis, que certamente é o que melhor atende ao interesse de qualquer criança.

Referências Bibliográficas

ALTOÉ, S. (org) *Sujeito do Direito-Sujeito do Desejo*. Rio de Janeiro, Revinter, 1999.

BOWLBY, J. *Apego: a natureza do vínculo*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Perda, tristeza e depressão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL, *Lei 14.713, de 30 de outubro de 2023*.

² Por oportuno, desejamos agradecer toda a contribuição dada pelas Dras. Patrícia Carvão, Carolina Senra, Renata Scharfstein, Roberta Dumas, Viviane Alves e Rosana Cipriano, primeiras leitoras e críticas do presente artigo, todas integrantes do *Parquet* do Rio de Janeiro e com larga experiência em casos de família. Certamente, este texto se enriqueceu muito com as ponderações e reflexões de vocês! Obrigada!

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Crianças: sujeitos de direitos nas Varas de Família. In ALTOÉ, Sônia (org.) *Sujeito do Direito, Sujeito do Desejo*. Rio de Janeiro, RJ: Revinter, 1999.

DOLTO, Françoise. *Quando os Pais se Separam*. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1989.

_____. *Quando surge a criança*. Tomo II. Campinas, SP. Papyrus Editora, 1997.

GADOTTI, Moacir. Amor paterno, amor materno: o quanto é necessário, o quanto é insuficiente. In: SILVEIRA, Paulo (org). *Exercício da Paternidade*. Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1998.

GROENINGA, G. PEREIRA, R. *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. RJ, Imago, 2003.

LACAN, Jacques (1969). Duas Notas sobre a Criança. In *Opção Lacaniana* nº 21, abril 1998.

MARQUES JÚNIOR, Mário Moraes. *Guarda Compartilhada segue sendo a regra; guarda unilateral, a exceção*. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 27/02/24.

ONU. *Convenção Internacional do Direito da Criança e do Adolescente*. Disponível em <http://www.idh.org.br/documentos.htm>. Acesso em 13/09/2009.

SALZER, Fernando. BRAZIO, Glícia. *O que muda com a Lei 14.713/2023?* (Slides fornecidos pelos autores).

Fundamentos para uma revisão crítica da teoria geral dos recursos

Elements on a critical review of the appeal's theory

Elie Pierre Eid*

Sumário

1. Introdução. 2. Bases da teoria geral dos recursos. 2.1. Indiferença aos sucedâneos recursais. 2.2. Artificialismo na distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação. 2.3. Direito ao recurso e duplo grau de jurisdição. 2.4. Relação unidirecional decisão-recurso. 2.5. Concepção formalista da taxatividade. 3. Pressupostos para reformulação. 3.1. Complexidade do controle da atividade judicial. 3.2. Existência de um sistema de controle. 3.3. Unificação e identidade entre meios de impugnação. 3.4. Amplitude e limites de controle: as limitações impugnativas. 4. Elementos para uma teoria dos meios de impugnação. 4.1. Classificação dos meios de impugnação segundo o momento de seu cabimento. 4.2. Relações entre ação autônoma e recurso. 4.3. Efeitos dos recursos e regime jurídico recursal. 4.4. Impugnação coletiva de atos judiciais. 5. Conclusões. Bibliografia.

Área do Direito: Direito Processual.

Resumo

O presente artigo discute, criticamente, as bases da teoria geral dos recursos. Essa análise é motivada por se considerar necessária a revisão dos axiomas da impugnação dos atos judiciais, especialmente pela incompletude e insuficiência de respostas atualmente apresentadas diante da complexidade de atuação do juiz e das formas de controlá-la. Busca-se, ainda, apresentar fundamentos para uma teoria dos meios de impugnação, tendo em vista a integração, a convivência e o relacionamento entre recursos e ações autônomas, ambos idôneos para o exercício do direito de impugnar.

Abstract

This paper critically discusses the basis of the theory of appeals. It is motivated by considering necessary the assess of judicial act's attack theoretical axioms due to

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Professor de Direito Processual Civil. Advogado.

incompleteness and insufficiency answers on the judge's performance complexity and its ways of control. It is intended to present elements for a means of attack theory, whereas that the integration, coexistence and relationship between appeals and review, both as a mean for the right to attack.

Palavras-chave: Teoria geral dos recursos. Complexidade da atuação do juiz. Sistema de controle. Teoria dos meios de impugnação.

Keywords: *Theory of appeals. Judge's performance complexity. System of control. Means of attack theory.*

1. Introdução

Após receber grande atenção, no início da segunda metade do século XX, a disciplina jurídica da teoria geral dos recursos floresceu na doutrina brasileira. Sem ter gozado do mesmo prestígio em outros países, inúmeros estudos se ocuparam com conceitos, proposições, sistematizações e critérios classificatórios ainda hoje dominantes.

No entanto, as transformações na legislação e na jurisprudência não se mostraram suficientes para motivar uma análise crítica dos postulados teóricos até hoje sustentados, que seguem por uma diretriz estática, do ponto de vista da interação dos recursos com outras formas de controle, e por uma diretriz inflexível, por não absorver elementos que permitiriam infirmar certos dogmas.

Em certa medida, essas questões se devem às características contingenciais da disciplina dos recursos, assim sintetizadas: (i) sequência de reformas legislativas nos últimos trinta anos, ocupando a atenção da doutrina; (ii) incertezas criadas por lacunas normativas, uma realidade presente nos diversos códigos; (iii) exame das espécies recursais sem dar atenção às demais espécies impugnativas ou de controle, o que gerou estudo isolado desses institutos; e (iv) modificações nas estruturas fundamentais do Direito Processual, que não foram incorporadas para alteração do quadro existente.

Esses fatores contribuíram para situar os recursos como meios prioritários de ataque às decisões do juiz. Reforçam essa afirmação exemplos como a tentativa de definir a função de tribunais como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça exclusivamente pelos recursos extraordinários e especial, respectivamente, embora o texto constitucional conceba atuação diversificada dessas cortes por mecanismos distintos; apesar do incremento dos meios de controle e do crescimento dos modos de relacionamento entre eles, manteve-se essa visão centralizadora; e a expansão das ações autônomas de impugnação, cujo tratamento uniforme e integrado aos recursos ainda encontra resistência.

Com essas noções introdutórias, o presente estudo busca demonstrar a necessidade de revisão crítica da teoria geral dos recursos para conceber, em particular, uma teoria dos meios de impugnação, levando em conta, em geral, o largo espectro do controle dos atos judiciais.

2. Bases da teoria geral dos recursos

O passo inicial consiste em retomar postulados da teoria geral dos recursos para demonstrar como os argumentos apresentados revelam uma abordagem parcial e limitada da impugnação dos atos judiciais. Há, aqui, três perspectivas a serem avaliadas.

A primeira é metodológica. O modo como a teoria geral dos recursos se apresenta está marcado por algumas características bem definidas. A sistematização dos juízos de admissibilidade e de mérito a partir de uma lógica restritiva, conquanto essa dicotomia aplique-se às impugnações formuladas por vias distintas aos recursos. A busca por fundamentos normativos – sem rigorosa divisão entre princípios e regras – para explicar fenômenos extensíveis a outros mecanismos de controle. O elenco dos efeitos recursais como uma consequência “natural” ou “inerente” ao emprego do recurso, embora estejam condicionados às disposições legais. A noção unilateral entre recurso e decisão, apesar de o juiz praticar outros atos além da solução de questões no processo. E, ainda, a falta de preocupação com a relação entre recursos e outras formas de controle, por influência da atual concepção de sucedâneos recursais.¹

A segunda é estrutural. O tratamento dos recursos pauta-se numa visão endoprocessual, difundida pela afirmação de serem eles mera extensão dos direitos de ação ou de defesa já exercidos. Os poderes decorrentes desses direitos seriam dariam origem ao emprego dos recursos, os quais não gozariam de fundamento autônomo. Essa análise apoia-se em outra premissa, atinente ao prolongamento da relação jurídica processual já instaurada. O recurso seria, portanto, um dos atos inseridos no curso do processo, sob viés formal, e veículo para “reiteração da instância”, do ponto de vista de conteúdo. Como será visto, essas justificativas atenuam a relevância do objeto recursal.²

A terceira é funcional. A teoria geral dos recursos não adota como ponto de partida a teoria da impugnação, cujo exame serve para compreender o juízo de conformidade ou de juridicidade de atos e normas jurídicas. Consequentemente, observa-se o distanciamento do ato judicial dos demais atos estatais e a fundamentação do questionamento das decisões do juiz com base no direito a uma revisão do julgamento (duplo grau de jurisdição) ou no direito a um meio específico (direito ao recurso).³

Assim estabelecidas tais premissas, passa-se a enfrentar as principais características da teoria geral dos recursos.

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 1968, p. 81-87; ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-62.

² LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 124-125; NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. In: *O processo em evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 65; TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal, questões controvertidas e de processamento do writ*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 67-70.

2.1. Indiferença aos sucedâneos recursais

Como “sucedâneos recursais” são identificadas variadas manifestações de controle. Não há um rigor classificatório para individualizar, dentro dessa categoria, espécies autônomas ou mesmo integradas aos recursos. Ao contrário, a doutrina se acostumou a utilizá-los como um critério guarda-chuva, debaixo do qual são alocados todos e quaisquer meios para provocar o controle de um ato judicial que não se confundam com recurso. Não há, ainda, clareza a respeito do que pode ser considerado um sucedâneo recursal. Ora se fala em mecanismos heterodoxos, ora em meios excepcionais, mas não se especifica qual é o seu espaço ao submeterem os atos do juiz à correção.

Frederico Marques, ao cunhar o termo, preocupava-se com a demonstração da inconveniência de mecanismos distintos aos recursos.⁴ Essa visão, ainda hoje influente, se deve a uma postura radicalmente contrária ao modelo brasileiro de múltiplas vias de controle. No entanto, alguns aspectos interessantes merecem ser enfrentados para notar como esse capítulo da teoria geral dos recursos se desenvolveu.

Um deles consiste na reafirmação da preponderância das espécies recursais para a formulação de ataques às decisões do juiz. Essa observação parte, em primeiro lugar, da consideração de que, se existe um sistema recursal, essa seria a forma proposta pelo legislador para o controle, de modo que a utilização de outros mecanismos não só configurava uma excepcionalidade, como uma verdadeira deficiência do sistema recursal. Aliás, não raras vezes, se aponta a necessidade de lançar mão de um sucedâneo recursal por falibilidade ou deficiência da regulação normativa dos recursos.⁵

Outro aspecto é a relevância do conceito de recurso. Sedimentado numa visão descritivo-procedimental, a definição serviu para estabelecer as distinções com relação aos sucedâneos recursais. Dito de outro modo, o que não estivesse abrangido pelo conceito de recurso, ficaria relegado ao plano mais amplo e genérico daquela classificação. Sem prejuízo, não há na legislação brasileira dispositivo legal específico sobre a definição de recurso. Essa tarefa, exercida pela doutrina, produz consequências diretamente ligadas à eliminação ou inclusão, nesse espectro, de modos de controle a depender do conceito adotado, ainda hoje dominante aquele cunhado por Barbosa Moreira.⁶ Dessa forma, questiona-se se não haveria dose de arbitrariedade em determinar os sucedâneos recursais por uma escolha excludente operada conceitualmente, e não normativamente.

Há, ainda, um paradoxo a ser percebido. A centralidade do controle dos atos judiciais conferida aos recursos ignora que as mesmas desconformidades por meio deles questionadas poderiam também o ser por instrumentos distintos. Bastaria dar os exemplos da definição de competência em conflito positivo ou negativo, da revisão

⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 3, p. 293.

⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2014, p. 593.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. V, p. 233.

de decisões contrárias à Administração Pública por meio de remessa necessária, do exame da violação da imparcialidade do julgador por incidente específico, dentre tantos outros. Com esse conjunto de mecanismos, o discurso tradicionalmente sustentado não se mostra aderente à complexidade e ao dinamismo com que o controle é realizado no Direito Processual.

Isso também ocorre porque não há preocupação sistematizadora do tema do controle. Embora fosse, de longa data, característica marcante do ordenamento jurídico brasileiro a presença de múltiplos meios para essa finalidade, nunca se notou consenso sobre os institutos integrantes dos sucedâneos recursais, se todos eles se destinam à provocação de um juízo de regularidade jurídica da postura do juiz e o papel desempenhado pela taxatividade recursal. A respeito desse último ponto, a taxatividade costuma ser invocada para realçar a centralidade recursal, isto é, pela taxatividade exclui-se o que não deve ser considerado recurso para ser conduzido ao guarda-chuva classificatório dos sucedâneos recursais e, por consequência, desfrutar de menor atenção.⁷

Essa visão foi igualmente determinante para influenciar a segregação entre recursos e ações autônomas de impugnação. Isso, no entanto, releva uma concepção formalista da taxatividade, ligada, essencialmente, à ideia de criação das espécies recursais, embora muito mais se possa dela extrair. Consequentemente, ainda que outros meios se prestem ao controle e parte deles também tenha vocação impugnativa, perde-se de vista o caráter organizativo do princípio da legalidade ao prever as espécies recursais e sua destinação. Daí porque já se defendeu os sucedâneos recursais como exceção a esse postulado da teoria geral dos recursos,⁸ muito embora contem com disciplina expressa da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional.

As consequências dessas opções também são observadas na jurisprudência. O emprego do termo “sucedâneo recursal” por decisões judiciais é equívoco, apesar de, na sua maioria, servir para designar critérios restritivos de inadmissão dos meios de controle. Nesse contexto, os tribunais apontam, por exemplo, “dano irreparável”, “teratologia”, “supressão de instância”, entre outros, com o propósito de revelar uma aparente usurpação da função recursal.⁹ Em primeiro lugar, as dificuldades de compreender a coexistência das vias de ataque aos atos judiciais resulta do desprestígio concedido aos mecanismos distintos aos recursos. Em segundo lugar, a jurisprudência confirma como a perspectiva limitante e casuística fortaleceu o juízo de admissibilidade.

⁷ ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6, p.18.

⁸ BORGES, Marcos Afonso. Sucadâneos dos recursos. *Revista de Processo*, v. 4, n. 13, jan.-mar. 1979, p. 53.

⁹ STJ, EDcl na Rcl 4.213/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20/02/2013; STJ, AgRg na Rcl 10.338/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 14/12/2012; STJ, AgRg na Rcl 5.242/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 29/11/2011; STJ, AgRg na Rcl 4.164/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 02/06/2011.

2.2. Artificialismo na distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação

A busca pela preponderância recursal também passa por uma barreira ao relacionamento com as ações autônomas de impugnação, em razão da propagada natureza jurídica distinta. Essa negativa é histórica no contexto brasileiro, a despeito de caminhar para uma superação no direito estrangeiro.¹⁰ O critério da relação jurídica processual figura no cerne dessa dicotomia e é utilizado para repelir a correlação de ambos. O recurso, ao ser admitido como prolongamento dos direitos de ação e de defesa, representaria mera reiteração da relação jurídica processual existente, ao passo que as ações autônomas de impugnação dariam ensejo à inauguração de outra.¹¹

Isso, no entanto, não parece refletir o particular percurso do Direito Processual nacional. A consagração da ação autônoma de impugnação cabível previamente ao trânsito em julgado remonta à primeira metade do século XX. Bastaria ressaltar os exemplos do mandado de segurança, com a conhecida discussão sobre o ato coator do juiz, a evolução da reclamação constitucional, além da utilização do *habeas corpus*. Essa opção legislativa aponta para o emprego de ações de impugnação independentemente de desconstituir decisões revestidas pela coisa julgada material, o que não era generalizado até então. O critério continuidade ou não da relação jurídica processual já poderia ser confrontado com a possibilidade de distintos meios de impugnação terem idêntico objeto, antes e depois do trânsito em julgado.

Ademais, a disputa sobre a natureza jurídica do recurso também se mostrou determinante para a dicotomia. É majoritária a posição que concebe o recurso como um ato no curso do procedimento, cuja prática resulta de um dos poderes decorrentes do prévio exercício dos direitos de ação e de defesa. O recurso como desdobramento desses direitos não teria autonomia suficiente para subsistir senão em função de uma demanda já deduzida. Daí porque assumir, ainda, o recurso como uma via pela qual se remete o reexame do que foi decidido, na conhecida expressão germânica *zweite Instanz*, fruto de um resquício medievalista do efeito devolutivo.¹² Outra característica é, como já mencionado, a feição endoprocessual do recurso, da qual se confirma ser esse um dos atos praticados em direção à decisão de mérito. Essa proposição sustenta que o recurso não veicularia uma pretensão específica, dirigida a impugnar a decisão judicial, mas seria um meio para renovar uma pretensão já deduzida, perante juízo distinto.

¹⁰ V.g., em ordem cronológica: GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. Frankfurt am Main: Atheneum, 1972, p. 38-39 e 49-52; GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 710-711; BRAUN, Johann. *Rechtskraft und Restitution*. 2 Teil. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 21-35; VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 1988, p. 6; SALHI, Karim. *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*. Thèse de doctorat (Droit privé et sciences criminelles) – Université de Caen Normandie, 2004, p. 541-544; PINTO, Rui. *Recurso civil. Uma teoria geral*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 61.

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 1968, p. 80-81.

¹² NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal II: proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 322.

Um dos principais fundamentos apresentados para a distinção com as ações autônomas seria a possibilidade de essas atacarem atos não apenas judiciais. Como parte delas também poderia servir para impugnar atos administrativos ou atos privados, disso se extrai o exercício de uma demanda, razão de não lhes ser atribuído o caráter endoprocessual e, por consequência, admitir o exercício originário do direito de ação, mediante o qual se instaura relação jurídica processual específica.¹³ É curioso ver a adoção dessa premissa, ao mesmo tempo em que se designa a ação rescisória como ação autônoma, cujo cabimento é exclusivo para decisões judiciais. Haveria nesse argumento a construção de uma fronteira entre os atos judiciais e demais atos jurídicos para determinar a natureza da impugnação formulada,¹⁴ como mais uma confirmação desse isolamento dos recursos de outras formas de controle.

Esse perfil conceitualista de atrelar o recurso aos poderes decorrentes dos direitos de ação e de defesa pode ser contrastado por numerosos exemplos, que demonstram a irrelevância desses direitos para impugnação dos atos do juiz. O recurso do terceiro prejudicado é constantemente referido nessas hipóteses, mas o relevante é ver que esse recorrente poderia nem mesmo ser legitimado para a propositura da demanda originária, nos casos em que sofra efeitos da decisão sem possuir relação com o objeto do processo. O recurso do Ministério Público, quando atuar como *custos legis*, ainda que não seja possível exercer o direito de ação, como nas demandas individuais. O art. 138, § 3º do CPC confere legitimidade recursal ao *amicus curiae* para questionar a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo a posição desse interveniente incompatível com a de quem exerceu os referidos direitos. Nas ocasiões de atenuação ao princípio da demanda, a instauração do processo de ofício pelo juiz (art. 2º da Lei 8.560/92) reforça a importância de controle recursal mesmo sem o prévio exercício do direito de ação. O cabimento de recurso em sentido estrito na chamada fase pré-processual para impugnar decisão de arbitramento de fiança ou de relaxamento da prisão em flagrante (art. 581, V, do CPP). O recurso do ofendido ou de seus sucessores nas ações penais de iniciativa pública (art. 588 do CPP), para confirmar a independência entre quem poderá exercer o direito de ação e quem poderá interpor o recurso. O art. 577 do CPP prevê a legitimidade recursal do procurador ou defensor do réu, mesmo que esse, sem a assistência jurídica, tenha renunciado ao recurso (súmula 705 do STF).

Sendo corretas essas observações, surge uma consideração complementar. Se a impugnação por recurso independe de prévio exercício dos direitos de ação e de defesa, assim como já independia aquela formulada por ações autônomas, então a fonte do poder potestativo direcionado ao questionamento dos atos do juiz deve ser a mesma. Giovanni Tranchina observa que a origem desse poder ocorre com a prática de um ato judicial, tal como ocorre com qualquer outro ato jurídico. Há,

¹³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos 50 anos de sua existência. In: *Ensaio e artigos*, v. 1, Salvador: Juspodivm, 2014, p. 291-292.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. In: *O processo em evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 65.

portanto, um fenômeno autônomo, ligado à conformação desses atos, em geral, e do juiz, em particular, cujo cerne é o direito de impugnar. Esse poder potestativo, ao contrário do que defende boa parte da doutrina, não é processual, e sim material, pois oriundo desse direito.¹⁵

Ainda, influente tese de Peter Gilles contribuiu para revisão da dicotomia entre recursos e ações autônomas.¹⁶ Após as ideias de Calamandrei repercutirem por muito tempo nesse tema, especialmente por sugerir fontes distintas do poder exercido em cada um deles,¹⁷ o processualista alemão propôs enfoque crítico sobre a extensão ou o prolongamento da relação jurídica processual ao demonstrar o exercício de uma pretensão impugnativa veiculada no recurso. Esse ponto central não só contribuiu para valorizar o objeto recursal e a identificação de seus elementos objetivos autonomamente, como foi o elo de sistematização das impugnações dirigidas contra as decisões judiciais.

Assim, o critério da relação jurídica processual não se mostra adequado para afastar meios de impugnação, quer por contrastar com o funcionamento dos recursos, em plano concreto, quer por se dissociar das funções por eles exercidas, em plano teórico.

2.3. Direito ao recurso e duplo grau de jurisdição

Para explicar a existência dos recursos, costuma-se indicar a irrisignação do derrotado, o julgador como ser humano falível, a qualidade decisória de grau hierárquico superior e a experiência de magistrados proporcionada pela antiguidade. Sob um olhar histórico, alguns acontecimentos foram decisivos para superar essas justificativas metajurídicas.

O constitucionalismo dos séculos XIX e XX conferiu aos atos estatais margem de controle mais rigorosa, especialmente pela limitação e contenção de poder, com amparo nos direitos fundamentais.¹⁸ Quanto aos atos do juiz, viu-se, nesse mesmo período, a ascensão do modelo monista, que abandonou a distinção entre meios de impugnação em função da tipologia dos erros da decisão para dar-lhes maior integração e comunhão de objeto; no processo civil romano e na Idade Média era frequente segregar recursos de ações autônomas com base em *errores in iudicando* e *errores in procedendo*, respectivamente.¹⁹ No Estado de Direito, a impossibilidade de questionamento dos atos estatais (*the king can do no wrong*) passou a ser excepcional,

¹⁵ Impugnazione (dir. proc. pen.). In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, 1970, p. 701.

¹⁶ *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1972, p. 38-39 e 49-52.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. In: *Opere Giuridiche*, vol. VIII. Napoli: Morano, 1979, p. 245-248.

¹⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di diritto procesuale*, anno 33, n. 2, 1978, p. 41-49; RHEE, C.H. (Remco) van. Continental European superior courts and procedure in civil actions (11th-19th centuries). In: Moréteau O., Masferrer A., Modéer K.A., editors. *Comparative Legal History*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019. p. 323-327.

¹⁹ LÓPEZ-MEDINA, Aurora M. Apelaciones / Appeals (DCH). In: *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research*, Paper Series N°. 2022-12, p. 7-11.

deslocando os recursos de vias usadas para concentrar o poder nas mãos do soberano para meios de ataque às decisões.²⁰

Desse modo, duas concepções serviram para fundamentar a previsão dos recursos. Uma delas é o duplo grau de jurisdição, apesar de não haver consenso sobre sua existência e, em muitos países, sobre sua fonte normativa. Outra é o direito ao recurso, cuja identificação remonta ao debate sobre a distinção entre impugnação das decisões judiciais e a impugnação de outros atos jurídicos.

Ainda que seja salutar o exame comparativo com ordenamentos jurídicos estrangeiros, é importante investigar como a Constituição Federal de 1988 garante a impugnação dos atos judiciais e se há alguma distinção com o questionamento de outros atos jurídicos.

O duplo grau de jurisdição costuma ser associado ao devido processo legal, à boa justiça, à ampla defesa ou às disposições do texto constitucional sobre competências recursais dos tribunais.²¹ Por não haver previsão expressa, sólida corrente defende sua inexistência no processo civil brasileiro e que a opção por modelos mais amplos ou restritos ao cabimento dos recursos é política.²² Essa incerteza quanto à fonte normativa constitucional não impede de apontar elementos mínimos do duplo grau de jurisdição. Assume-se ser necessária a revisão da decisão final de um processo por autoridade judicial distinta e com a possibilidade de reexame de questões de fato e de direito, ou, mais genericamente, uma “nova apreciação da causa”.²³

Essas ideias, largamente difundidas, podem ser confrontadas da seguinte forma.

O elemento burocrático do Estado na organização judiciária explica que Constituição disciplina a atuação dos tribunais por uma perspectiva ampla de controle, conforme se verifica com as ações autônomas e os conflitos de competência. Nota-se, por exemplo, a adoção de critérios como a natureza do procedimento e da autoridade judicial que pratica o ato questionado para determinar competências. Entre essas possibilidades, a via recursal é uma das formas encontradas pelo constituinte para previsão de estruturas hierárquicas no Poder Judiciário.

O núcleo essencial do duplo grau de jurisdição apresenta um formato específico de efeito devolutivo; essa revisão de questões de fato e de direito é obtida pela amplitude com que ocorre a revisão da decisão atacada, cuja disciplina é feita pela lei infraconstitucional. Isso leva alguns a considerarem o recurso de apelação a via

²⁰ HÖBLEIN, Marco. *Judikatives Unrecht: subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter*. Berlin: Duncker und Humblot, 2010, p. 26-27.

²¹ OLIVEIRA, Bruno Silveira. O duplo grau de jurisdição: princípio constitucional? *Revista de Processo*, vol. 33, n. 162, ago. 2008, p. 362-371; NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 263.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 468-469.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. V, p. 238.

para consagração do duplo grau de jurisdição,²⁴ o que poderia sugerir uma garantia aos limites objetivos do efeito devolutivo desse recurso, mesmo sem previsão constitucional a esse respeito. Embora a apelação tenha desempenhado relevante papel no curso da história, como via de atribuição de poder, sua função contemporânea é destinada à impugnação de específicas decisões do juiz.

Os incisos LXVIII e LXIX do art. 5º da Constituição preveem o mandado de segurança e o *habeas corpus* como garantias fundamentais, igualmente destinadas à impugnação de atos do juiz. Diante da abrangência de cada um deles, não parece que a Constituição tenha se preocupado em assegurar apenas o uso dos recursos, nem que tenha pretendido isolar os atos do juiz dos demais atos jurídicos, especialmente os públicos.

Por fim, a extensão dada ao duplo grau de jurisdição sinaliza, em primeiro lugar, uma restrição à decisão classificável como sentença, embora haja um espectro muito maior de atos comissivos e omissivos cuja prática é possível e cujo ataque é igualmente protegido pela Constituição; além disso, a aludida garantia representa um fundamento dissociativo da impugnação dirigida aos demais atos jurídicos, sejam eles estatais ou privados, porquanto não dependeriam dela para se submeter a um exame de conformidade jurídica.

Isso não quer dizer que a Constituição não assegure o questionamento dos atos do juiz. Tendo em vista o arcabouço de direitos e garantias fundamentais, esse controle poderá ser realizado para além do que se atribui ao duplo grau de jurisdição, seja com relação à variedade tipológica das condutas judiciais, seja com relação à multiplicidade de mecanismos para essa finalidade. No Estado de Direito, esse ataque não depende de um direito à instância revisora, mas essa, sim, depende do direito à tutela jurisdicional contra a desconformidade jurídica desses atos.²⁵

Essa constatação auxilia o exame do direito ao recurso. Sua autonomia é projetada no início do século XX em razão do esforço para diferenciar os erros do juiz dos vícios de outros atos jurídicos e, principalmente, para reafirmar que esse seria um direito à revisão, e não à correção da decisão.²⁶ O recurso passa a ser um veículo pelo qual se obriga a realização desse reexame. Segundo corrente defensora desse direito,²⁷ o recurso não dependeria de um erro da decisão para ser utilizado, mas de resultado desfavorável ao recorrente; o direito ao recurso possui origem processual, pois dependente de um ato interno ao processo; o recurso permitiria novo julgamento de uma pretensão já solucionada, sem alterar um estado jurídico, pois esse ainda seria imperfeito.

²⁴ CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, 10 ed. Paris: Lexis Nexis, 2017, p. 682.

²⁵ ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 18 Auflage. München: C. H. Beck, 2018, p. 827.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. Vizi della sentenza e mezzi di gravami. In: *Opere Giuridiche*, vol. VIII. Napoli: Morano, 1979, p. 245-284.

²⁷ CERINO-CANOVA, Augusto. CONSOLO, Claudio. Impugnazioni (diritto processuale civile). In: *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1993, p. 3.

A similitude entre o duplo grau de jurisdição e o direito ao recurso leva alguns a adotá-los como sinônimos.²⁸ No entanto, é possível estabelecer linha divisória entre eles, pois o primeiro se preocupa com a existência de um juízo revisor, ao passo que o segundo se ocupa do meio e dos requisitos para acessá-lo.²⁹

Algumas considerações podem ser feitas para saber como a Constituição disciplina os meios de impugnação. Não parece adequado estabelecer diferenciação do direito ao recurso a partir de consequências decisórias, especialmente porque, no atual estágio da ciência processual, o controle de conteúdo do ato do juiz, por muito tempo confundido como novo julgamento da demanda, possui caráter impugnativo. Historicamente, o reexame das questões solucionadas pelo magistrado foi assimilado como uma marca particular de nova decisão sobre a demanda proposta. Com o amadurecimento da função impugnativa do recurso, essa visão foi alterada para que a sindicância desse conteúdo fosse uma marca do controle exercido na mesma esfera de poder, assim como poderia ser um veículo para o controle formal, que pudesse levar ao reconhecimento de invalidade.³⁰ E nisso não há qualquer distinção com relação às impugnações formuladas contra os atos jurídicos em geral.

Essas balizas revelam que nem o duplo grau de jurisdição e nem o direito ao recurso servem para explicar a amplitude com que a Constituição disciplina impugnação dos atos do juiz, que se faz ao esteio do direito de impugnar, cuja concretização poderá ocorrer por muitas vias.³¹ Esse direito tem por função impedir a desconformidade dos atos jurídicos com a respectiva moldura normativa apresentada pelo ordenamento jurídico. A abrangência do texto constitucional demonstra que, seja qual for o meio de impugnação, haverá o direito de se opor, de questionar, o ato judicial, radicado no direito de ação (art. 5º, XXXV), como expressão da inafastabilidade da jurisdição. Eventual restrição feita pela legislação infraconstitucional ou pela própria Constituição à impugnação deve ser submetida a um juízo de ponderação para avaliar se há ou não ofensa a esse direito fundamental. Além disso, esse fundamento se mostra mais abrangente e apresenta maior densidade normativa do que o mínimo exigido pelo art. 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

2.4. Relação unidirecional decisão-recurso

Uma das formas de regular a impugnação recursal é restringi-la às decisões judiciais. Diferentemente de algumas ações autônomas, que podem ser empregadas diante de atos não judiciais, a legislação impõe a correlação entre espécie recursal e

²⁸ GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. In: BASTOS, Marcelo Lessa. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 329-330.

²⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*, 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 70 e 73.

³⁰ ROTH, Herbert. Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit. *Juristen Zeitung*, vol. 61, n. 1, 2006, p. 9-10.

³¹ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 64-66.

espécie decisória, a exemplo da apelação para a sentença, do agravo de instrumento para as decisões interlocutórias, dos recursos especial e extraordinário para o acórdão proferido por tribunal local etc.

Embora exista intuito organizacional nessa escolha, há uma relação unidirecional, porquanto, no ordenamento jurídico brasileiro, recurso é via pela qual se impugna apenas decisão judicial.³² Essa perspectiva unidirecional produz ao menos duas consequências. Exclui do campo de sistematização as condutas omissivas do juiz e as condutas comissivas sem carga decisória e preocupa-se unicamente com o momento em que a decisão é proferida, o que influencia a designação da espécie recursal. Tudo isso reduz a uma concepção formalista de cabimento da impugnação.

Em ambos os casos, a teoria geral dos recursos presume uma atuação simplista do juiz e ignora as inúmeras formas de engendrar suas posturas. A complexidade dessa atuação está marcada por fenômenos variados, alguns deles mais antigos, como a omissão ou inatividade, ainda carentes de tratamento sistemático, e outros mais recentes, como o caráter gerencial e de gestão do processo e da administração judiciária, que demonstram não ser mais a decisão o centro exclusivo do exercício de controle.³³

As posturas omissivas não se confundem com o “tempo morto”, nem com os vícios de motivação. A inatividade se contrapõe a um dever de agir, cuja infringência é apurada por fatores objetivos, subjetivos e temporais. Na esfera judicial, a conduta omissiva deve estar marcada pela incompatibilidade do não agir, ou seja, a omissão controlável surge quando se torna exigível a prática do ato e por razões atribuíveis ao magistrado. Isso se confirma pela análise das hipóteses em que o Código de Processo Civil autoriza o controle da inércia judicial, como no art. 235, ao prever a alteração do órgão julgador pela injustificada omissão.³⁴ A inoperância do impulso oficial apresenta a dependência do desenvolvimento do processo com a prática dos atos judiciais e, nessas circunstâncias, a aferição de prejuízo pode ser observada por qualquer sujeito.

Pela relação unidirecional apontada, os recursos não alcançam essas condutas. Apesar disso, não se deve excluir a impugnação das omissões, cujo exercício será feito por outros mecanismos, como as ações autônomas, normalmente o mandado de segurança e o *habeas corpus*.³⁵

De lado oposto, a expansão da cooperação judiciária nacional, os contornos mais definidos da consensualidade entre órgãos jurisdicionais e destes com outros órgãos, de gestão judiciária e de administração da justiça, despertam para um sentido

³² NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 288.

³³ POSNER, Richard. *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*. *Boston University Law Review*, n. 1.049, 2006, p. 1.058-1.059.

³⁴ CASTRO, Aníbal. *Impugnação das decisões judiciais*. Lisboa: Petrony, 1981, p. 25.

³⁵ STJ, RMS 37.682/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012; STJ, HC 25.226/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 349.

ainda mais relevante de controle.³⁶ Com isso, novos focos da dinâmica judicial escapam do espectro de incidência dos recursos, o que confirma a insuficiência da disciplina legal unidirecional.

As modalidades de cooperação, considerando amplos e, em alguma medida, não taxativos poderes dos órgãos para disporem sobre competências e sobre modos de agir por atos concertados, mostram a importância do controle. Conforme prevê a Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a cooperação prescinde de forma específica (art. 8º), de modo que o mínimo esperado é o rigoroso contrapeso exercido pelos destinatários desses atos. Os jurisdicionados passam a ser sujeitos preocupados com a consensualidade judicial, diante dos incontáveis direitos fundamentais envolvidos nessa atuação estatal, especialmente isonomia, devido processo legal, publicidade e contraditório. Mostra-se correto, portanto, o dever de comunicação às partes da cooperação judiciária realizada (art. 5º, V da Resolução 350/2020 do CNJ) para que possam discuti-la e questioná-la (art. 9º da Resolução 350/2020 do CNJ).

Se a lógica unidirecional não acompanha a dinâmica das posturas judiciais, quais seriam os rumos a serem adotados? Esse questionamento leva a repensar os critérios classificatórios dos atos judiciais para superar o paradigma segundo o qual o prejuízo, como requisito para impugnar, está exclusivamente vinculado à decisão. Por isso, essa reconstrução merece ser feita com base no interesse, que servirá de baliza para aferir se tanto as condutas omissivas quanto os atos comissivos estarão ou não sujeitos a questionamento, analisando-se, para cada qual, o meio de impugnação cabível.

2.5. Concepção formalista da taxatividade

A taxatividade é apontada como elemento fundamental da teoria geral dos recursos. Menciona-se que somente existirá recurso previsto lei, como uma das expressões do princípio da legalidade no Direito Processual, abordagem tradicional que induziria à conclusão de somente ser possível impugnar se autorizado pelo legislador.³⁷ Essas noções indicam, no entanto, um tratamento ainda formalista desse princípio.

Isso ocorre porque se equipara a taxatividade à simples especificação das vias recursais. Como visto anteriormente, a previsão de recursos e de ações autônomas é uma marca da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, sendo necessário segregar o procedimento pelo qual se impugna do direito de fazê-lo. Ao associar taxatividade à modalidade recursal, ignoram-se as outras características do princípio da legalidade na esfera impugnativa.

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilidade, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 399-417.

³⁷ ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 108; PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*, 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 78.

A incidência desse princípio ocorre de forma abrangente, com um conjunto de normas de coordenação do cabimento, mediante organização do exercício do direito de impugnar, além de definir o momento do trânsito em julgado.³⁸

Uma das manifestações do princípio da legalidade é a previsão de procedimentos impugnativos. Nesse ponto, não haveria qualquer característica privativa dos recursos, pois também há ampla regulação, no CPC e em leis extravagantes, de procedimentos para as ações autônomas. Isso pode ser comparado à relação existente entre procedimento comum e procedimentos especiais. Apesar de ocupar a agenda do Direito Processual Civil há anos, poucos foram os influxos da flexibilidade e adaptação procedimentais nos meios de impugnação para superar aspectos formais na distinção entre meios de impugnação. Exemplo disso é a segregação feita pelo CPC entre agravo de instrumento e apelação, pois, apesar de mesma amplitude impugnativa e destinados ao ataque de decisões com conteúdo idêntico, submetem-se a procedimentos distintos, em razão do momento em que são interpostos.

Ao contrário do discurso da teoria geral dos recursos, a taxatividade é um enlace entre recursos e ações autônomas. Há uma relação comum entre eles, como se observa nas regras previstas nos arts. 929 a 946 do CPC, sobre a ordem dos processos nos tribunais, além das regras dos arts. 994 a 1.008 do CPC, sobre disposições gerais para o exercício da impugnação, como legitimidade, interesse, capítulos decisórios etc. A distinção essencial entre esses procedimentos, no entanto, está em técnicas específicas, que poderiam conotar certa especialidade, como o pedido de informações para a autoridade judicial no mandado de segurança, na reclamação e no *habeas corpus*; o depósito de 5% sobre o valor da causa na ação rescisória; o juízo de retratação pelo juízo prolator da decisão atacada pelo agravo de instrumento e na apelação contra sentença terminativa.

Finalmente, de acordo com o art. 502 do CPC art. 6º, § 3º da LINDB, todos os recursos impedem o trânsito em julgado. A relevância da taxatividade está em descrever qual meio de impugnação é recurso para lhe conferir específico regime jurídico, do qual o óbice à formação da estabilidade faz parte. Ao se defender só haver recurso previsto em lei, não se pode confundir, estritamente, essa afirmação com a impossibilidade de impugnação. A legalidade atua para discriminar os recursos existentes, para definir, portanto, os meios de impugnação aptos a impedirem o trânsito em julgado e, mais rigorosamente, o momento desse fenômeno temporal. Em outro sentido, o meio de impugnação não classificado pela lei como recurso não gozará desse regime jurídico, como se verifica com as ações autônomas.

3. Pressupostos para reformulação

Assim apresentados alguns dogmas da teoria geral dos recursos, passa-se a examinar elementos de reformulação desse quadro. Essa revisão funda-se nos

³⁸ DINAMARCO, Cândido. Os efeitos dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5, p. 26.

seguintes pilares estruturantes: reconhecer a complexidade do controle da atividade judicial, igualmente complexa; identificar a existência de um sistema de controle na legislação brasileira; perceber que os meios de impugnação são parte integrante desse sistema; eliminar a distinção entre recursos e ações autônomas, ainda hoje respaldada pelo critério da relação jurídica processual; e reconhecer as limitações impugnativas como critério usado pelo legislador para ampliar ou restringir as possibilidades de questionamento.

3.1. Complexidade do controle da atividade judicial

Se a atividade do juiz é complexa, como se mostrou, o seu controle segue pelo mesmo caminho. Diferentemente da concepção de que esse realizar-se-ia preferencialmente com os recursos, a plêiade de mecanismos com essa finalidade, com atuação simultânea ou sucessiva, e a multiplicidade de ataques ao ato são alguns exemplos para infirmar essa abordagem tradicional. A noção em torno da unicidade, singularidade ou unirrecorribilidade recursal, como a vedação ao cabimento de mais de um recurso contra a mesma decisão, pode ser contestada por ser inadequada a essa realidade, por ignorar os fatores mencionados e por pressupor um modelo de controle afastado da interação entre recursos e desses com outros instrumentos de mesma vocação.³⁹

A complexidade do controle possui dimensão objetiva. Manifesta-se de muitas formas: com a utilização dos recursos para dedução de pretensões divergentes por partes e terceiros; recurso contra mais de uma decisão;⁴⁰ recursos e ações autônomas concomitantes; recurso em concomitância com outra via de controle, a exemplo da remessa necessária ou da atuação de ofício do juiz para sanear vícios; pedidos de extensão para beneficiar de sujeitos na mesma posição jurídica, afetados por idêntico gravame, como ocorre no *habeas corpus*⁴¹ e na suspensão de segurança,⁴² entre outros. Esse engendramento acentua o perfil dinâmico com que os atos do juiz se submetem ao exame de juridicidade, e, além disso, reforçam a coexistência de mecanismos com esse propósito. De um lado, se os recursos já não podem ser examinados isoladamente, de outro, um modelo integrado indica a existência de um sistema para realização do controle dos atos do juiz.

A complexidade também possui dimensão subjetiva. Significa que o ato judicial pode repercutir na esfera jurídica de diversos sujeitos, conferindo-lhes interesse para questioná-lo. Esses interesses, nem sempre uniformes, podem ser multilaterais e

³⁹ ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6, p. 17-18.

⁴⁰ STJ, REsp n. 1.628.773/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 24/5/2019.

⁴¹ STJ, HC 457.601/GO, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 06/06/2019.

⁴² STJ, AgRg na PET nos EDcl no AgRg na SS n. 2.727/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 21/8/2019, DJe de 4/11/2019.

explicarem a variedade de questionamentos dirigidos pelas partes e por terceiros, numa hipótese de pluralidade de legitimados para controle do mesmo ato.⁴³ Daí porque haver recursos, ações autônomas ou outros mecanismos com conteúdos distintos por conta da particularidade com que o efeito se manifesta para cada interessado. Esses múltiplos ataques não decorrem apenas da existência de várias vias para tanto, mas também porque muitos podem ser os interesses atingidos pela atuação do juiz. Além disso, não se descarta que uma coletividade possa ser afetada por um ato ou um conjunto deles. Adiante será analisada a impugnação coletiva de atos judiciais, mas é conveniente, agora, reconhecer que, à base dessa possibilidade, está a identificação de uma gama de afetados a serem protegidos por meio da tutela coletiva.

3.2. Existência de um sistema de controle

Uma particularidade do ordenamento jurídico brasileiro é a previsão de diversas formas de controle. O somatório desses instrumentos compõe o que se pode identificar como um sistema, e, como lhe é próprio, conta com a interação entre seus elementos integrantes e conformam uma unidade direcionada a essa finalidade.⁴⁴

Apesar disso, não há uma preocupação em examiná-los sob essa ótica, pois relegados ao plano dos chamados sucedâneos recursais, como foi visto. É fundamental perceber a possibilidade de atuação conjunta e dinâmica desses instrumentos, de convivência e de mútuas relações. Um olhar panorâmico sobre eles é fundamental para perceber como se estrutura esse sistema e como se dá o seu funcionamento. Um exemplo para sintetizar parte dessas noções é a incompetência absoluta, cujo reconhecimento poderá ser de ofício, por alegação de objeção, mediante emprego de recurso ou de ação autônoma ou por meio de incidente para solucionar conflito positivo ou negativo entre juízos.

Uma vez tirados da sombra dos sucedâneos recursais, esses mecanismos podem ser catalogados como sendo de controle a partir da sua função e organizados de acordo com as suas características comuns. Esse é um controle dos atos do juiz e em torno deles esse sistema se estrutura. Essa ressalva serve para evitar confusões, como poderiam ocorrer caso incluído o controle funcional de quem exerce o cargo de julgador por algum ilícito penal ou administrativo.

Levando em conta a possibilidade de controle de ofício ou por provocação, a cognição é um critério classificatório relevante.⁴⁵ A iniciativa judicial para exame de conformidade dos próprios atos está presente no curso do processo, especialmente pela possibilidade de controle de questões referentes ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito. O art. 337, § 5º do CPC autoriza o pronunciamento do juiz sobre

⁴³ EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 297, nov. 2019, p. 43-44.

⁴⁴ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 78-79.

⁴⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 126 e 165.

determinadas matérias ligadas ao plano da admissibilidade, cujo acolhimento levará à extinção do processo ou à revisão de um ato praticado. O pronunciamento de ofício também poderá ser feito diante de questões de mérito. Exemplo disso é a revisão da decisão concessiva de tutela provisória ao perceber ausentes os requisitos legais após aprofundamento da cognição. Se há atuação de ofício, o interessado também poderá provocar o exercício do controle. Assim são compreendidas as objeções processuais ou substanciais, como reações para alegação de matérias sujeitas ao reconhecimento *ex officio*, sendo uma de suas modalidades a insurgência contra alguma irregularidade identificada. De outro lado, se a matéria não estiver dotada dessas características, ainda assim poderá haver reação do interessado. Nessa hipótese, as exceções, igualmente processuais ou substanciais, são aptas ao desfazimento de atos processuais. Vale pensar na alegação de existência de cláusula arbitral para dirimir o conflito levado ao Poder Judiciário, cujo reconhecimento levará à extinção do processo.

O controle também é realizado por meio de incidentes. O conflito de competência (arts. 66 e 951 a 959 do CPC), as causas de impedimento ou suspeição (arts. 144 a 148 do CPC) e a arguição incidental de inconstitucionalidade (art. 97 da CF/88 e arts. 948 a 950 do CPC) são hipóteses de instauração incidentes cujo objeto é a eventual desconformidade jurídica relativa à divergência de competência entre juízos, à parcialidade judicial e à contrariedade de determinada norma jurídica com a Constituição Federal, respectivamente. Apesar de distintos esses objetos, o ponto comum é a previsão de incidentes direcionados à realização de controle sobre os atos judiciais praticados ou aqueles que ainda o serão. No caso do controle difuso de constitucionalidade, percebe-se um duplo controle: um deles realizado especificamente sobre a norma jurídica e outro com relação à decisão judicial questionada.

Algumas regras de competência são eleitas pelo legislador para exercício de controle.⁴⁶ Apesar de não ser abordagem contraditória, o Código de Processo Civil atribui poder a órgãos judiciais para realização de controle de atos do juiz. As características principais dessa modalidade são independência da iniciativa do juiz ou dos interessados e a modificação de competência a partir de determinado fato gerador no processo. Isso se verifica tanto na remessa necessária quanto na expansão do colegiado prevista pelo art. 942 do CPC.

A remessa necessária é manifestação de controle oriunda de regra de competência que atribui ao tribunal a função de reexaminar as decisões previstas pelo art. 496, I e II do CPC, ressalvados os respectivos parágrafos 3º e 4º. O art. 942 do CPC funciona a partir de lógica semelhante. Confere-se ao órgão de maior composição a competência para decidir o recurso de apelação, o agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito e o juízo rescindente da ação rescisória quando resultado do julgamento não tenha sido unânime. A lei prevê a ampliação do colegiado a partir de um fato gerador específico, que, se ocorrido, atribui, de imediato, competência a

⁴⁶ Classificação desenvolvida em EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 88-96.

novos julgadores. Essa classificação ultrapassa limites meramente teóricos. A partir da identificação de exercício de controle por meio de regras de competência, repercussões passam a surgir em razão dos limites para exercício dessa competência e a respeito de sua inobservância.

Os atos de cooperação judiciária nacional proporcionam interação entre variados juízos e destes com órgãos da Administração Pública ou entes capazes de contribuir com a administração da Justiça. Uma delas é o exercício de controle de atos de um juízo por outro. A Lei 14.112/2020 alterou o art. 6º da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial) para introduzir o parágrafo 7º-B, prevendo o dever de cooperação entre o juízo da execução fiscal movida contra a empresa em recuperação e o juízo da recuperação judicial, para esse determinar a “substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial.” Institui-se, entre ambos, dever de cooperação, com base no qual caberá ao segundo o controle dos atos constitutivos determinados pelo primeiro. Será possível ao juízo da recuperação desfazer, substituir ou ratificar os atos constitutivos ordenados pelo juízo da execução fiscal, numa relação de subordinação. Nada obstante, a parte também poderá provocar esse controle ao exigir o dever de cooperação entre os juízos, caso não tenha ocorrido espontaneamente.⁴⁷ O art. 6º, § 7º-B da Lei 11.101/2005 entra em consonância com a regra prevista no art. 69, IV do CPC, ao prever a cooperação para efetivação de medidas e de providências destinadas à preservação da empresa.

Não se pode ignorar a repercussão da atuação de órgãos administrativos no controle dos atos do juiz, os quais são, em última análise, alvo de juízo de conformidade jurídica. Já se mencionou que o Código de Processo Civil autoriza à corregedoria do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contornar a inércia do magistrado, ao lhes conferir poderes para alteração da competência, conforme o art. 235. Ainda, há decisões do Conselho Nacional de Justiça no sentido de impedir a produção de efeitos de decisões judiciais consideradas teratológicas. A excepcionalidade dessa medida é reconhecida pelo próprio órgão administrativo, que, por vezes, a implementa sob o fundamento de ineficiência das vias judiciais para evitar o prejuízo ao interessado.⁴⁸

Por fim, nesse largo espectro do sistema de controle estão os meios de impugnação, divididos em recursos e ações autônomas. Com a análise feita até aqui, o discurso de preponderância dos recursos não se adequa ao formato proposto pela legislação. No entanto, seria preciso entender quais características reúnem esses dois mecanismos. A primeira delas é a irrelevância da relação jurídica processual como critério para distingui-las. Como dito anteriormente, a interposição do recurso independe do prévio exercício dos direitos de ação e de defesa e, por isso, é imprecisa a afirmação de prolongamento dessa relação. A segunda é que ambos são

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; EID, Elie Pierre; ARAGÃO, Leandro Santos de. Recuperação judicial, execução fiscal, *stay period*, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005. *Revista de Processo*, vol. 323, jan. 2022, p. 277-303.

⁴⁸ CNJ, Medida Liminar em Reclamação Disciplinar n. 0004319-84.2013.2.00.0000, Rel. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 173ª Sessão Ordinária, julgado em 06/08/2013.

procedimentos por meio dos quais é deduzida uma pretensão impugnativa, oriunda do direito de impugnar. A terceira é a identidade funcional e estrutural entre meios de impugnação, pois aptos ao ataque dos atos do juiz, com a ressalva de que o regime jurídico recursal se faz presente, por exemplo, com o efeito obstativo.

Para reafirmar a integração dos meios de impugnação a um sistema e as suas interações com outras formas de controle, seria possível elencar alguns exemplos. O recurso de apelação interposto para impugnar sentença submetida à remessa necessária; a concomitância de reclamação com recurso especial ou recurso extraordinário; o reconhecimento de ilegitimidade ou falta de interesse de ofício em grau recursal; a ação rescisória ajuizada para atacar decisão transitada em julgado, ao cujo cumprimento se opôs impugnação etc. Essa multiplicidade de mecanismos, com atuação simultânea, subsidiária ou concorrente, é mais uma das facetas do caráter complexo do controle dos atos judiciais.

3.3. Unificação e identidade entre meios de impugnação

Outro alicerce de revisão da teoria geral dos recursos é a superação a diferença entre recursos e ações autônomas, tarefa facilitada em razão de tudo o que se sustentou anteriormente.⁴⁹

É preciso retomar a dicotomia entre direito de empregar os meios para questionar um ato judicial e o direito de impugná-los.⁵⁰ O primeiro deve ser analisado de modo amplo, para abarcar a utilização de qualquer meio de impugnação, que poderá ser recurso ou ação autônoma.⁵¹ Tanto um quanto o outro são vias utilizadas para exercício do segundo. Por isso, tem-se como ponto de partida o exercício de pretensão dirigida ao questionamento do ato judicial por esses meios. A manifestação do direito de impugnar faz-se mediante exercício de uma pretensão impugnativa, que, em sentido processual, compõe o objeto dos recursos e das ações autônomas, deduzida por uma demanda caracterizada por causa de pedir e pedidos dirigidos ao ataque do ato judicial. Essa pode ser uma forma aprimorada de compreender a noção de que recursos e ação autônoma são remédios. Se, onde há direito, há remédio (*ubi jus, ibi remedium*), essa é a ilustração da existência de meios para o direito de impugnar o ato judicial.

A impugnação desses atos encontra amparo no mesmo direito de impugnação de qualquer outro ato ou norma jurídica. Sendo assim, parece importar menos o apego à dicotomia recursos e ações autônomas de impugnação pelos aspectos tradicionalmente tratados pela doutrina processual nacional, porquanto ambos se prestam às mesmas finalidades e são veículo para pretensão respaldada por um direito comum. Ao designar determinado meio de impugnação como recurso, o relevante é

⁴⁹ YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa. El derecho a los recursos. Su configuración constitucional. *Revista General de Derecho*, 1994, n. 598-599, p. 8.106-8.107.

⁵¹ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 1988, p. 13-14.

perceber a incidência de um regime jurídico específico, notadamente voltado para impedir a formação da estabilidade, uma função do princípio da taxatividade.⁵²

A identidade entre recursos e ações autônomas não é prejudicada nos casos em que não se pretende o exercício do direito de impugnar. Alguns exemplos reforçam que ambos podem se prestar ao exercício de outras pretensões, como os embargos de declaração para simples esclarecimento de uma questão de fato ou de direito e o *habeas corpus* preventivo, que não busca atacar ato comissivo ou postura omissiva, mas evitar um prejuízo futuro. Mesmo nesses casos, o papel desempenhado pela taxatividade está presente para aplicação do regime jurídico recursal.

3.4. Amplitude e limites de controle: as limitações impugnativas

Ao relacionar a taxatividade com as limitações impugnativas, viu-se a relevância do princípio da legalidade para modelos mais amplos ou restritos de ataque aos atos do juiz.⁵³ Para compreendê-las, é necessário um salto dos erros do juiz para os limites de impugnação impostos pela legislação. Em termos mais simples, esses erros somente serão relevantes se for possível questioná-los. A preocupação com a tipologia dos fundamentos de controle é antiga no Direito Processual e consagrada na divisão entre *error in procedendo* e *error iudicando*.⁵⁴ Liga-se ao tema não menos antigo do erro judicial, que, em tempos mais recentes, vem ganhando projeção para reafirmar a autonomia do objeto impugnativo.⁵⁵ Contudo, alguns fatores contribuem para revisar esse marco classificatório.

O primeiro deles é o modelo monista para o emprego dos meios de impugnação, já ressaltado. As legislações modernas abandonaram a correlação entre espécie de erro judicial e espécie de meio de impugnação, pois um tratamento unificado traria maior eficiência e facilidade de organização da estrutura judiciária.⁵⁶ Outra característica, nesse modelo monista, é a evolução do tratamento das invalidades, que se revelou importante para produzir consequências, em determinadas situações, diferentes daquelas observadas quando concebidos os *errores in procedendo*. Exemplo atual é o regime da incompetência absoluta (art. 64, §§ 3º e 4º do CPC), que pode não levar ao desfazimento do ato questionado se ratificado pelo juízo competente.

⁵² EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 145-149.

⁵³ UZELAC, Alan. RHEE, C. H. van. Appeals and other means of recourse against judgements in the context of the effective protection of civil rights and obligations. In: UZELAC, A. RHEE, C.H. van (ed.). *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2014, p. 4.

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo". In: *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli: Morano, 1979, p. 285-300.

⁵⁵ LEIPOLD, Dieter. Rechtsmittel als Verfahrensfortssetzung oder Entscheidungskontrolle. In: GILLES, Peter; RÖHL, Klaus F.; SCHUSTER, Paul; STREMPER, Dieter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, Köln: Bundesanzeigerm 1985, p. 285-290; ROTH, Herbert. Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit. *Juristen Zeitung*, vol. 61, n. 1, 2006, p. 9-10.

⁵⁶ HÉRON, Jacques. LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*, 6 ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 543.

Ainda, a dicotomia entre *errores in iudicando* e *errores in procedendo* era importante, pois, de um ponto de vista histórico, os segundos autorizavam a impugnação após o trânsito em julgado, muitas vezes sem limite temporal.⁵⁷ Modernamente, houve considerável distanciamento dessa realidade, pois determinadas decisões passaram a contar com intensidades distintas de eficácia preclusiva, para restringir ou a ampliar as possibilidades de ataque após aquele marco temporal, em observância à segurança jurídica e estabilidade das relações.

De outro lado, parcela da doutrina sugere segmentação entre violações às questões de fato e violações às questões de direito.⁵⁸ Segundo essa corrente, a divisão retrata a realidade com que os meios de impugnação são disciplinados, considerando o cenário de alguns países e a organização da respectiva estrutura judiciária. Ainda, serve para determinar se houve equívoco no acerto das questões de fato ou das questões de direito, a fim de avaliar a abrangência e o objeto dos recursos previstos. Dessa forma, busca-se superar o critério da natureza da norma desrespeitada (processual ou material) para identificar a violação no plano dos fatos ou do direito.⁵⁹

Embora reconhecida a importância pragmática nessa distinção, há muito se aponta o seu problema teórico, quer porque sugeriria uma artificial segregação de dois aspectos mutuamente dependentes na ciência jurídica, quer porque nem todas as questões de fato e de direito poderão ser impugnadas.⁶⁰

No entanto, não há uma oposição de critérios, mas enfoques diferentes de classificação do erro judicial. Ambas lançam suas atenções nas formas com que esses erros são cometidos e não levam em consideração os limites estabelecidos para cada meio de impugnação. Com as limitações impugnativas, passa-se a dar atenção ao mecanismo em si, para determinar a amplitude que lhe é conferida, pois as violações do julgador são condicionadas pelo ordenamento jurídico de acordo com o que poderá ou não ser atacado.

Na legislação nacional, isso é importante porque há diversos critérios para imposição de limitações impugnativas, como os qualitativos, quantitativos e de intensidade, que recortam o interesse em impugnar.⁶¹ No primeiro, apontam-se os motivos para questionar o ato judicial, ao elencar os fundamentos autorizativos do recurso ou da ação autônoma. A contraposição pode ser vista quando a norma jurídica não impõe qualquer restrição, sendo possível qualquer fundamento para finalidade, como no recurso de apelação. No segundo, a preocupação é delimitar qual aspecto da violação cometida enseja a impugnação, ao eleger características específicas, por

⁵⁷ ROSBOCH, Michele. *Decidere invano: aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*. Napoli: Jovene, 2010, p. 53-56.

⁵⁸ MONTELEONE, Girolamo. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*. Milano: Giuffrè, 2022 (ristampa ed contributi), p. 20-24.

⁵⁹ NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de "revista". In: *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.1., p. 530.

⁶⁰ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The myth of the law-fact distinction. *Northwestern University Law Review*, vol. 97, n. 4, p. 1.770.

⁶¹ SEMMELMEYER, Johann. *Der Berufungsgegenstand*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996, p. 35.

exemplo, a relevância econômica, social, política ou jurídica da questão de direito constitucional para o recurso extraordinário. No terceiro, o legislador estabelece a intensidade com que a violação é cometida, isto é, não basta previsão quantitativa e qualitativa, é necessária a demonstração do modo de ser da violação, como na violação manifesta à norma jurídica para a ação rescisória ou na decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos.

4. Elementos para uma teoria dos meios de impugnação

Superadas as distinções entre recursos e ações autônomas para unificá-los funcional e estruturalmente e para situá-los no sistema de controle, passa-se a apresentar elementos para uma teoria dos meios de impugnação. Essa teoria busca reconfigurar a relação entre eles, tendo em vista a insuficiência dogmática da teoria geral dos recursos, conforme demonstrado.

4.1. Classificação dos meios de impugnação segundo o momento de seu cabimento

O cabimento orienta a utilização do recurso e da ação autônoma. Liga-se à estabilidade das situações jurídicas, pois define quando, o que, como e em que medida pode-se impugnar.⁶² Classificar os meios de impugnação de acordo com o cabimento, de um lado, indica a oportunidade em que cada um será empregado e, de outro, permite encontrar utilidade para sistematizá-los.

No entanto, isso não significa haver uniformidade nessa tarefa. Para os recursos, a legislação indica os atos judiciais a serem impugnados; elege as espécies recursais cabíveis diante de cada decisão; define formas de relacionamento entre recursos quando for possível sua concomitância; apresenta características procedimentais e estabelece as consequências pela interposição e pelo julgamento dos recursos. Todavia, esse esforço não escapa de problemas como a existência de lacunas, contradições e insuficiência dos parâmetros eleitos, que podem descortinar dificuldades para identificação da espécie adequada.⁶³ Para as ações autônomas, a tentativa de reunir requisitos gerais esbarra em critérios heterogêneos de cabimento para cada uma delas. Assim ocorre com a natureza do ato impugnado (se comissivos ou se omissivos, se praticados pelo juiz ou por seus auxiliares, se possuem conteúdo decisório ou não), com as limitações impugnativas (se há liberdade para alegar qualquer fundamento de impugnação ou se a lei previamente os determina) ou, ainda, com algum outro critério de relacionamento com os recursos (residual, de exclusividade ou de concorrência).

Apesar disso, o aspecto temporal do cabimento é relevante no Direito brasileiro para proporcionar a sistematização desejada. Isso porque o trânsito em julgado é colocado como fator comum de influência sobre ações autônomas e recursos. Em

⁶² PINTO, Rui. *Recurso civil. Uma teoria geral*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 34.

⁶³ ARRUDA ALVIM. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 48, out.-dez. 1987, p. 20-21.

primeiro lugar, esse marco está exclusivamente atrelado aos recursos, dotados do efeito de impedir a estabilidade sobre a decisão, conforme art. 502 do CPC e art. 6º, § 3º da LINDB. Em segundo lugar, a legislação não só permitiu o emprego de ações autônomas previamente ao trânsito em julgado, mas, em certos casos, o usou como um limitador, a exemplo da reclamação (art. 988, § 5º, I do CPC) e dos embargos de terceiro para questionar ato de constrição (art. 674 do CPC). Em terceiro lugar, o trânsito em julgado pode produzir consequências variadas em razão da eficácia preclusiva de cada decisão, com reflexos na forma de impugná-la. Há casos submetidos à ação rescisória (art. 966 do CPC); hipóteses de vedação a ela (art. 59, Lei 9.099/95; art. 26 da Lei 9.868/99; art. 12 da Lei 9.882/99; e art. 27 da Lei nº 12.153/2009); hipóteses em que, além da ação rescisória, outras vias servem para a impugnação da decisão transitada em julgado (ex.: mandado de segurança, *habeas corpus*, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), impugnação ao cumprimento de sentença, *querela nullitatis*); e hipóteses em que não há limitação de fundamentos impugnativos e nem de vias para alegá-los (art. 304, § 2º do CPC). Por fim, algumas ações autônomas podem ser empregadas tanto contra decisões não transitadas em julgado quanto contra aquelas estáveis, como *habeas corpus*, mandado de segurança, ação de invalidade e ADPF. Nesses casos, o aspecto temporal não cria uma barreira e ratifica a particularidade de se permitir que o mesmo meio possa ser empregado em ambos os contextos.

Todas essas características apontam para a coerência da divisão entre meios de impugnação cabíveis exclusivamente antes do trânsito em julgado e meios de impugnação cabíveis posteriormente ao trânsito em julgado.

Os primeiros poderão ser manejados até esse marco temporal. Não significa que todos eles estejam dotados do efeito de impedir a formação da estabilidade (efeito obstativo), mas somente poderão ser utilizados até esse momento. Nessa classificação estão os recursos, a reclamação e os embargos de terceiro contra ato de constrição. Já os segundos caracterizam-se pelo cabimento após o trânsito em julgado. Ainda que alguns deles possam ser manejados antes dessa fase – daí porque não utilizar o advérbio “exclusivamente” –, a sua principal destinação é manejá-los contra decisões estáveis. Incluem-se nessa classificação a ação rescisória, a ação de invalidade, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a *querela nullitatis*, a impugnação ao cumprimento de sentença, a ADPF e a impugnação da tutela antecipada antecedente estabilizada.

A dinâmica dos meios de impugnação em torno do trânsito em julgado é atributo pertinente para analisá-los conjuntamente como se verifica também em outros países. Com base nele, realiza-se a divisão entre recursos ordinários e extraordinários, difundida, por exemplo, em Portugal, França e Itália, e confirma a escolha do legislador por designar determinado meio de impugnação como recurso, ainda que cabível posteriormente ao referido marco temporal.⁶⁴ Em Alemanha, a segregação entre

⁶⁴ FREITAS, José Lebre de. Recurso extraordinário: recurso ou acção? In: *As recentes reformas na Acção Executiva e nos Recursos*, (coord. Rui Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20-22; DAUCHY, Serge. SERINET,

recursos (*Rechtsmitteln*) e ações de impugnações (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) supõe a formação da coisa julgada, embora para ambos se admita a identidade de objeto e de funcionalidade.⁶⁵

Além da preocupação com a eliminação de distinções funcionais e estruturais, esses exemplos confirmam a relevância do caráter temporal do cabimento para uma classificação útil. Trata-se, ainda, de identificar quão vulneráveis as decisões estáveis podem ser, à medida que estejam mais ou menos expostas à impugnação, e qual é o nível de proteção e imunidade conferidos à solução dos conflitos por determinadas estabilidades.

4.2. Relações entre ação autônoma e recurso

É comum sustentar que as ações autônomas teriam lugar por alguma falibilidade dos recursos, especialmente porque incabíveis.⁶⁶ Essa proposição, no entanto, compartilha da centralidade recursal e da extravagância de outros mecanismos com finalidade de controle. Além do que já foi dito a esse respeito, as inúmeras ocasiões de relacionamento entre meios de impugnação mostram, em geral, o reducionismo daquela afirmação e, em particular, a dinâmica que orienta o prejudicado a lançar mão de mecanismos aptos a superarem o prejuízo sofrido. Isso tudo permite reformular a relação entre recurso e ação autônoma a partir de três premissas.

A primeira premissa reconhece o não cabimento recursal como uma escolha do legislador, sem significar, necessariamente, impossibilidade de impugnação. Os textos legais, apesar de ambíguos e imprecisos, podem criar contextos diferentes em que não caber recurso significa (i) não ser possível usar essa via ou (ii) não ser possível questionar o ato judicial. Esse esforço exegético é relevante para definir se a vedação alcança o direito de impugnar e, conseqüentemente, determinar se ela é constitucional ou não.⁶⁷ Por exemplo, ressalvada a oposição de embargos de declaração e o recurso contra a decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, o art.

Yves-Marie. Notion et fonction des voies de recours. In: *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, coord. CADIE, Loïc. DAUCHY, Serge. HALPÉRIN, Jean-Louis. Paris: IRJS editions, 2014, p. 109; LUISO, Francesco Paolo. Invalidità della sentenza e mezzi di gravame. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIV, n. 2, 2009, p. 19.

⁶⁵ BRAUN, Johann. *Rechtskraft und Restitution*. 2 Teil. Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 21-35.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 105; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 38.

⁶⁷ A esse respeito, fundamental a análise de dois julgados, um do Tribunal Constitucional de Espanha (Sentencia 58/2016), em que se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 102, *bis*, Ley 29/1988, com redação pela Ley 12/2009, por vedar a impugnação das decisões do denominado "Letrado de la Administración de Justicia" nos processos contencioso-administrativos; e, outro, do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), representativo de grande mudança do entendimento sobre a interpretação do art. 19, IV da Lei Fundamental, que dispõe sobre a proteção judicial diante de violações cometidas por autoridades estatais. A jurisprudência, até então, reconhecia que essa garantia representava "proteção mediante o Poder Judiciário; não contra ele", mas, por ocasião do julgamento BVerfGE 107, 395; NJW 2003, reconhecida como a primeira decisão sobre tutela jurisdicional [ou proteção jurídica] contra o juiz (*Rechtsschutz gegen den Richter*), esse posicionamento foi revisto por decisão plenária, apoiada no princípio do contraditório e do Estado de Direito, que passou a admitir a potencial violação a direitos fundamentais nas situações em que o legislador deixa de prever recurso contra determinada decisão.

138, § 1º do CPC impede a interposição de recursos pelo *amicus curiae*, dando margem para discutir se haveria alguma via para superar eventual prejuízo sofrido por esse interveniente.

A segunda premissa é verificar o cabimento de algumas ações autônomas para impugnar atos judiciais contra os quais também caberia recurso. Essa paridade decorre de escolha legal e amplia as vias para formular a impugnação. Aqui, a relação é estabelecida paritariamente ou concorrentemente. Alguns exemplos já foram apresentados anteriormente, mas bastaria retomar o caso de reclamação ajuizada na pendência do recurso especial e do recurso extraordinário.

A terceira premissa mostra que a relação entre ação autônoma e recurso pode acontecer por ineficiência do segundo para remover o prejuízo sofrido. Embora cabível, não é apto a proporcionar o resultado desejado pelo recorrente, especialmente por aspectos procedimentais ou temporais, daí porque se exigir situação de urgência para autorizar a ação autônoma. Exemplo aceito pela jurisprudência é a impetração de mandado de segurança contra decisão do relator que indefere efeito suspensivo ao recurso, contra a qual também caberia agravo interno.⁶⁸ Há, ainda, os casos de impugnação postergada das decisões interlocutórias – tal como se adota nos juizados especiais e no processo do trabalho –, confiada ao recurso contra a decisão final do processo, momento em já seria irremediável o prejuízo sofrido.

Nesse sentido, a relação entre recurso e ação autônoma, além de dinâmica, é pautada por situações relativas ao direito de impugnar ou ao direito de empregar um meio específico. Assim, com base nessas premissas, tem-se, respectivamente, o seguinte: (i) ação autônoma de impugnação cabível por ausência de recurso; (ii) ação autônoma de impugnação cabível em paridade com o recurso; e (iii) ação autônoma de impugnação cabível por ineficiência do recurso.

4.3. Efeitos dos recursos e regime jurídico recursal

Os efeitos recursais desempenham importante função na reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas. Embora não haja consenso sobre o conceito e quais são todos esses efeitos, há, no entanto, a corrente afirmação de que seriam consequências naturais ou características inerentes.⁶⁹ Contudo, essa perspectiva pode ser repensada a partir de dois vetores. Pelo primeiro, os efeitos representam a interferência da lei no funcionamento dos recursos, o que lhes confere características específicas se comparados às ações autônomas. Pelo segundo, os efeitos compõem o regime jurídico recursal e, por isso, não são um dado da natureza.⁷⁰ Essa segmentação

⁶⁸ STF, RMS 26.265 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 16-9-2014, DJE de 13-10-2014.

⁶⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 294-296; BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 10, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 68-69; ROSINHA, Martha. *Os efeitos dos recursos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51-56.

⁷⁰ ELD, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 267-269.

contribui para delimitar, de um lado, o que é verdadeiramente um efeito recursal e, de outro, o que é comum a qualquer meio de impugnação.

Para tanto, os efeitos obstativo, devolutivo e suspensivo evidenciam os contornos desse regime jurídico.

O efeito obstativo, como foi mencionado, determina o momento do trânsito em julgado. No Direito brasileiro todos os recursos são dotados desse efeito e, assim, todos eles impedem a estabilidade das decisões. A lei vincula ao recurso o efeito de impedir a estabilidade, a confirmar a sua influência para moldar o regime jurídico. Ainda, isso revela que o legislador pode manipular o momento do trânsito em julgado. Não se desconhece de projetos que tentaram alterar esse cenário, a exemplo da PEC 15/2011, para transpor o cabimento dos recursos extraordinário e especial após o trânsito em julgado, ocorrido em segundo grau de jurisdição, e a PEC 199/19, que transforma esses mesmos recursos nas chamadas “ação revisional extraordinária” e “ação revisional especial”, igualmente cabíveis após esse marco temporal.

Esse regime também sofre a influência do direito positivo na conformação do efeito devolutivo e do objeto recursal.⁷¹ Se adotada como válida a assertiva de que esse efeito representa a devolução da matéria impugnada ao conhecimento do órgão julgador, essa consequência pertenceria a qualquer meio de impugnação e nada nele haveria de particular. No entanto, a sua relevância está na amplitude com que essa apreciação pode ocorrer, quais questões poderão ser examinadas e levadas em consideração para manutenção, reforma ou invalidação do ato judicial questionado. O cerne do efeito devolutivo, portanto, não está em tratar como sinônimos o objeto do recurso e a reapreciação da matéria, mas, sim, a forma com que a lei produz interferências sobre esse objeto. A profundidade do efeito devolutivo repercute na cognição do órgão julgador, bem como nos limites objetivos do juízo de mérito, sem haver correspondência, em mesma abrangência, com o que sucede com as ações autônomas. Os arts. 1.013, §§ 1º e 2º e 1.034, parágrafo único, do CPC preveem a profundidade do efeito devolutivo e atribuem maior amplitude ao objeto dos recursos, como permissão legal para o tribunal decidir com base em fundamento não invocado expressamente pelo recorrente. Essas regras excepcionam o dever de correlação entre o objeto do recurso e o objeto da decisão e registram uma carga inquisitorial. De outro lado, o objeto da ação autônoma está marcado pela predominância de carga dispositiva, tendo em vista não haver mesma interferência. Já o que se convencionou denominar de extensão do efeito devolutivo é a extensão da impugnação realizada, a indicação de qual parcela do ato é atacada. O art. 1.002 do CPC prevê a teoria dos capítulos decisórios e, concretamente, preserva a vontade do recorrente para escolher se o recurso questionará a decisão no todo ou em parte. Nesse aspecto, não há interferência de um regime jurídico próprio do recurso, pois delimitar a medida da impugnação é uma faculdade de quem a formula, inclusive para outros atos jurídicos.⁷²

⁷¹ BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

⁷² PINTO, Rui. As proibições de *reformationes in melius* e *in peius*. Algumas questões. In: *As recentes reformas na acção executiva e nos recursos*, coord. Rui Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 132-135.

Finalmente, o efeito suspensivo é utilizado pela lei, doutrina e jurisprudência em referência a dois fenômenos distintos. Um deles é a ineficácia da decisão, por previsão legal do cabimento de determinado recurso, que se opera antes mesmo da interposição (art. 1.012, *caput* do CPC). A decisão, portanto, nasce ineficaz e esse estado perdura após a interposição. Outro é a determinação provisória de que a decisão atacada deixe de produzir efeitos, enquanto não exercido o juízo de mérito. Nesses casos, o dito efeito suspensivo é, em realidade, hipótese de tutela provisória, dependente da demonstração dos requisitos inerentes a cada uma de suas modalidades. Dessa forma, a interferência da lei em atribuir critérios distintivos entre meios de impugnação fica a cargo do primeiro fenômeno. O segundo deles possui o grau de generalidade compatível com sua sobrevivência mesmo se não houvesse disciplina legal a respeito.

4.4. Impugnação coletiva de atos judiciais

A já narrada complexidade do controle dos atos judiciais permite enxergar uma fronteira na teoria dos meios de impugnação a ser explorada. O estudo dos recursos e das ações autônomas foi dirigido a partir de uma preocupação individualista, caracterizada pelo uso desses instrumentos para tutela de um ou de alguns prejudicados. Essa visão se mantém mesmo com o exame dos efeitos da decisão perante terceiros, diante da abordagem conferida ao recurso de terceiro prejudicado, tratado pelo viés da legitimidade individual para remoção do gravame sofrido. Em outros termos, a impugnação dos atos judiciais é analisada, preponderantemente, pela tutela individual. No entanto, observado que são veículos para exercício de pretensões impugnativas, nada impede sejam elas coletivas,⁷³ em razão dos efeitos produzidos pelo ato ou pela reiteração de atos com igual conteúdo violador.⁷⁴

Em primeiro lugar, esse debate remete ao histórico da jurisprudência, que, de uma posição refratária às impugnações coletivas, passou a aceitá-las, notadamente formuladas por ações autônomas. O emblemático *Habeas Corpus* n. 143.641-SP, julgado pelo STF, serviu para confirmar a possibilidade de *habeas corpus* coletivo, direcionado a atos do juiz. Teve por objeto a concessão de ordem em favor “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mãe com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças” para substituição da prisão preventiva pela domiciliar. A pretensão impugnativa foi considerada coletiva por buscar a proteção de um grupo determinável de pessoas, afetadas por reiteradas decisões que impediam a substituição. Nesse julgado, reconheceu-se não só a possibilidade de impugnação dessa natureza, como foi debatida a tutela coletiva no âmbito penal, a possibilidade de substituição de inúmeras impugnações individuais eventualmente propostas, além da proteção ao grupo vulnerável.

⁷³ SARMENTO, Daniel. O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira. In: *Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 298.

⁷⁴ RUBENSTEIN, William B. Finality in class action litigation: lessons from habeas. *New York University Law Review*, vol. 82, n. 3, June 2007, p. 858-859.

No *Habeas Corpus* Coletivo n. 596.603, o STJ admitiu a impugnação coletiva ao verificar a reiteração de decisões fundadas nas mesmas causas de prejuízo (regime fechado para o cumprimento de pena de um ano e oito meses em crime de tráfico privilegiado); a afetação de um grupo determinado de indivíduos; e para evitar novas decisões nesse sentido. O ponto comum com o julgado anterior é a admissão do *mandamus* como meio idôneo para proteção de direitos individuais homogêneos, lesados pela repetição de atos judiciais.

Embora não se desse o enfoque para tratá-la como impugnação coletiva, ao reconhecer o cabimento da ADPF para atacar um conjunto de decisões, o STF passou a se pronunciar sobre ofensas a preceitos fundamentais praticadas, repetidamente, pelo Poder Judiciário.⁷⁵ Além de se buscar essa forma de tutela jurisdicional, tais demandas visavam rever ou invalidar os atos questionados. Merece destaque o posicionamento desse tribunal ao reconhecer que esses atos se inserem no conceito de “ato do Poder Público” (art. 1º, *caput* da Lei 9.882/99), contra os quais já seriam admitidas demandas coletivas, a exemplo do mandado de segurança.

Em segundo lugar, a possibilidade de pretensões coletivas deduzidas por meios de impugnação permitiria o recurso de apelação coletivo, a reclamação coletiva, a ação rescisória coletiva etc.⁷⁶ E isso contribui para verificar, por exemplo, que a lesão aos interesses de uma coletividade pode decorrer da ofensa a normas de Direito Processual, conferindo-lhes caráter transindividual, como geralmente se observa com relação às normas de Direito Ambiental, de Direito do Consumidor etc. Ainda, a tutela impugnativa coletiva passa a conviver com outros instrumentos aptos a lidar com a reiteração de atos judiciais cuja lesividade seja a mesma ou um ato com lesão coletiva, como a repercussão geral, os recursos repetitivos, o filtro de relevância do recurso especial e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O exercício de pretensões impugnativas coletivas produz importantes consequências. Uma delas é o alcance de eventual resultado procedente, considerando não só os atos já praticados, mas eventual impedimento para a prática de atos futuros com igual conteúdo. Nessa perspectiva, o resultado não estaria limitado a uma tutela repressiva, senão a uma tutela preventiva. Outra consequência é a determinação de quem sejam os beneficiados pela decisão de procedência. De fato, nessa hipótese existe a necessidade de identificar os sujeitos para saber em quais processos houve a causa comum da lesão oriunda de ato judicial. Há, ainda, uma observação relativa ao não acolhimento da pretensão coletiva. Especialmente nos casos em que atos judiciais se repetem e configura-se lesão a direitos individuais homogêneos (origem comum), a ausência de vinculação da coisa julgada aos membros da coletividade ocorrerá caso improcedente a demanda impugnativa, do que se conclui que as impugnações individuais estariam preservadas (art. 103, III, CDC).

⁷⁵ Ex.: ADPF 114, ADPF 134, ADPF 157, ADPF 387, ADF 477, ADPF 485.

⁷⁶ EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 380-384.

5. Conclusões

O presente estudo procurou demonstrar o anacronismo das bases da teoria geral dos recursos. Do ponto de vista objetivo, dogmas como o afastamento do ato judicial dos demais atos jurídicos, o distanciamento dos recursos de outras formas de controle e, em especial, a segregação das ações autônomas e a preocupação limitada ao ato decisório podem ser superados com o confronto histórico-evolutivo da legislação processual e com a específica disciplina da Constituição Federal de 1988. Do ponto de vista subjetivo, a complexidade da atuação do juiz, marcada por condutas que vão além do decidir, e a respectiva complexidade no seu controle mostram o caráter dinâmico não atendido por essas bases.

A revisão crítica realizada buscou revelar a necessidade de ampliar a margem de proteção do jurisdicionado, com atenção à teoria dos meios de impugnação, fundada não apenas na eliminação de distinções artificiais entre recursos e ações autônomas, mas os integrando em torno do direito de impugnar e da reconfiguração dos atos do juiz no Estado de Direito e admitindo o intenso relacionamento existente entre cada uma das espécies impugnativas.

Essa teoria dos meios de impugnação pretende oferecer conceitos, classificações e fundamentos aptos à harmonização entre recursos e ações autônomas em substituição aos imprecisos pressupostos dos chamados “sucedâneos recursais”. O tratamento inconsistente dos mecanismos de controle e, em especial, dos meios de impugnação vem se refletindo na jurisprudência, que segue caminhos igualmente indesejados, conforme foi apontado. Por isso, um dos objetivos é conferir a mesma dignidade a recursos e ações autônomas.

Bibliografia

ALLEN, Ronald J; PARDO, Michael S. The myth of the law-fact distinction. *Northwestern University Law Review*, vol. 97, n. 4.

ARMENTA DEU, Teresa. El derecho a los recursos. Su configuración constitucional. *Revista General de Derecho*, 1994, n. 598-599.

ARRUDA ALVIM. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 48, out.-dez. 1987.

ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

_____. *Manual dos recursos*, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2013.

_____. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 1968.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BORGES, Marcos Afonso. Sucedâneos dos recursos. *Revista de Processo*, v. 4, n. 13, jan.-mar. 1979.

BRAUN, Johann. *Rechtskraft und Restitution*. 2 Teil. Berlin: Duncker und Humblot, 1985.

BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, v. 10, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilidade, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, 10 ed. Paris: Lexis Nexis, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Sulla distinzione tra “error in iudicando” ed “error in procedendo”. In: *Opere giuridiche*, vol. VIII. Napoli: Morano, 1979.

_____. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. In: *Opere Giuridiche*, vol. VIII. Napoli: Morano, 1979.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos 50 anos de sua existência. In: *Ensaio e artigos*, v. 1, Salvador: Juspodivm, 2014.

CASTRO, Aníbal. *Impugnação das decisões judiciais*. Lisboa: Petrony, 1981.

CERINO-CANOVA, Augusto. CONSOLO, Claudio. Impugnazioni (diritto processuale civile). In: *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1993.

DAUCHY, Serge. SERINET, Yves-Marie. Notion et fonction des voies de recours. In: *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, coord. CADIET, Loïc. DAUCHY, Serge. HALPÉRIN, Jean-Louis. Paris: IRJS editions, 2014.

DIDIER JR., Fredie; EID, Elie Pierre; ARAGÃO, Leandro Santos de. Recuperação judicial, execução fiscal, *stay period*, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005. *Revista de Processo*, vol. 323, jan. 2022.

DINAMARCO, Cândido. Os efeitos dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

EID, Elie Pierre. *Impugnação das decisões judiciais: reconstrução da relação entre recursos e ações autônomas de impugnação*. Salvador: Juspodivm, 2022.

_____. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 297, nov. 2019.

FREITAS, José Lebre de. Recurso extraordinário: recurso ou acção? In: As recentes reformas na Acção Executiva e nos Recursos (coord. Rui Pinto). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GILLES, Peter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*. Frankfurt am Main: Atheneum, 1972.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Princípios de uma teoria geral dos recursos. In: BASTOS, Marcelo Lessa. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. In: *O processo em evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977.

HÉRON, Jacques. LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*, 6 ed. Paris: LGDJ, 2015.

HÖBLEIN, Marco. *Judikatives Unrecht: subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter*. Berlin: Duncker und Humblot, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEIPOLD, Dieter. Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle. In: GILLES, Peter; RÖHL, Klaus F.; SCHUSTER, Paul; STREMPER, Dieter. *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, Köln: Bundesanzeiger 1985.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

LÓPEZ-MEDINA, Aurora M. Apelaciones/Appeals (DCH). In: *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research*, Paper Series Nº. 2022-12.

LUISO, Francesco Paolo. Invalidità della sentenza e mezzi di gravame. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIV, n. 2, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 3.

MONTELEONE, Girolamo. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*. Milano: Giuffrè, 2022 (ristampa ed contributi).

NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. In: *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v.1.

- NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira. O duplo grau de jurisdição: princípio constitucional? *Revista de Processo*, vol. 33, n. 162, ago. 2008.
- PINTO, Rui. As proibições de *reformationes in melius* e *in peius*. Algumas questões. In: *As recentes reformas na acção executiva e nos recursos*, coord. Rui Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Recurso civil. Uma teoria geral*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di diritto procesuale*, anno 33, n. 2, 1978.
- PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*, 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.
- POSNER, Richard. The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review*, n. 1.049, 2006.
- RHEE, C.H. (Remco) van. Continental European superior courts and procedure in civil actions (11th-19th centuries). In: Moréteau O., Masferrer A., Modéer K.A., editors. *Comparative Legal History*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019.
- ROSBOCH, Michele. *Decidere invano: aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*. Napoli: Jovene, 2010.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 18 Auflage. München: C. H. Beck, 2018.
- ROSINHA, Martha. *Os efeitos dos recursos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- ROTH, Herbert. Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit. *Juristen Zeitung*, vol. 61, n. 1, 2006.
- RUBENSTEIN, William B. Finality in class action litigation: lessons from habeas. *New York University Law Review*, vol. 82, n. 3, June 2007.
- SALHI, Karim. *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*. Thèse de doctorat (Droit privé et sciences criminelles) – Université de Caen Normandie, 2004.
- SARMENTO, Daniel. O cabimento do *habeas corpus* coletivo na ordem constitucional brasileira. In: *Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SEMMELMEYER, Johann. *Der Berufungsgegenstand*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2014.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal, questões controvertidas e de processamento do writ*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

TRANCHINA, Giovanni. Impugnazione (dir. proc. pen.). In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, 1970.

UZELAC, Alan. RHEE, C. H. van. Appeals and other means of recourse against judgements in the context of the effective protection of civil rights and obligations. In: UZELAC, A. RHEE, C.H. van (ed.). *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2014.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 1988.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

O acordo de não persecução cível e o momento de celebração

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A teleologia do direito sancionador. 3. O consequentialismo na produção normativa e na interpretação jurídica. 4. A proporcionalidade no direito sancionador. 5. O objetivo da consensualidade no âmbito do direito sancionador. 6. A transição entre juízos de verossimilhança e de certeza na celebração do acordo de não persecução cível. Epílogo. Referências.

1. Aspectos introdutórios

O acordo de não persecução cível foi introduzido em nossa legislação pela Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, vindo a ser detalhado pela Lei nº 14.230/2021. Sua origem remonta ao trabalho da Comissão de Juristas instituída pelo Presidente da Câmara dos Deputados em ato de 22 de fevereiro de 2018 (Diário da Câmara dos Deputados de 23/02/2018, p. 9), com o objetivo de que fosse elaborado anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992. Como integrante da Comissão¹, apresentei a proposta de criação desse instrumento, que foi integrado ao texto entregue ao Presidente da Casa Legislativa na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, subscrito pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018,² que deu origem à Lei nº 14.230/2021.

Ao optar pela designação atribuída ao novo instituto, inspirei-me no acordo de não persecução penal, inserido em nossa ordem jurídica, pouco menos de um ano

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da Comissão de Juristas instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados que apresentou o anteprojeto de reforma da Lei nº 8.429/1992, o qual redundou na Lei nº 14.230/2021. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ A comissão teve como membros o Ministro Mauro Campbell (presidente); Cassio Scarpinella Bueno; Emerson Garcia; Fabiano da Rosa Tesolin; Fábio Bastos Stica; Marçal Justen Filho; Mauro Roberto Gomes de Mattos; Ney Bello (relator); Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

² O primeiro ato normativo a utilizar o instituto cuja criação propus, editado alguns meses após a conclusão dos trabalhos da Comissão, foi o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. De acordo com o caput do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 181/2017). Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo³. A proposta que apresentei à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, em que o agente deve oferecer algo ao Poder Público para que o ajuste seja celebrado (v.g.: informações sobre os demais autores do ilícito), o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda, na qual não há essa exigência. Outra preocupação que me direcionou, também acolhida pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, Conselho Superior ou Câmara de Revisão, com posterior homologação judicial. Esta última exigência era compatível com a natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, as quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, era sensível à constatação de que nosso sistema adota o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções também ser competente para homologar o acordo que lhes diga respeito.⁴

Com o objetivo de superar a vedação ao uso da consensualidade em relação aos atos de improbidade administrativa, o que constava da redação original do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, o Poder Executivo, pouco tempo após a conclusão dos trabalhos da Comissão, mais especificamente em 19 de fevereiro de 2019, apresentou o PL nº 882/2019, parte do denominado “Pacote Anticrime”. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que *“a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”*. Esse preceito, como se percebe, aglutinava instrumentos com funcionalidades e formas de operatividade bem distintas entre si, o que levou o Congresso Nacional a utilizar o texto elaborado pela Comissão na redação a ser atribuída ao novel art. 17-A da Lei nº 8.429/1992. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, e que deu origem à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de legitimidade privativa ao

³ Para a melhor compreensão dos distintos ramos do direito sancionador, vide, de minha autoria: O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.

⁴ Para maior desenvolvimento, vide, de minha autoria: Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão? In *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 83, p. 35, jan.-mar./2022; e Comentários à Constituição Brasileira, vol. 3. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 641-647.

Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil. O Chefe do Poder Executivo estava correto. Afinal, no anteprojeto da Comissão, a legitimidade privativa atribuída ao Ministério Público para a celebração do acordo estava associada à proposta de legitimidade privativa para o ajuizamento da ação, temática na qual a Lei nº 13.964/2019 não incursionou. Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, que previam o instituto, mas sem detalhá-lo. Com a edição da Lei nº 14.230/2021, foi inserido um art. 17-B na Lei nº 8.429/1992, que disciplinou o procedimento a ser observado para a celebração do ajuste.

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, tanto a legitimidade para ajuizar a ação por ato de improbidade administrativa como para celebrar o acordo de não persecução civil foram concentradas no Ministério Público (Lei nº 8.429/1992, arts. 17, *caput*, e 17-B, *caput*), o que foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por entender que o não reconhecimento da legitimidade da pessoa jurídica lesada reduzia a proteção ao bem jurídico tutelado⁵.

O objetivo de nossas reflexões é o de identificar a interpretação a ser dispensada ao § 4º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, segundo o qual “*o acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória*”. Para a realização da análise, levaremos em consideração a teleologia do direito sancionador, alguns aspectos do consequencialismo, a funcionalidade do critério de proporcionalidade e o objetivo da consensualidade nesse plano do direito positivo brasileiro.

2. A teleologia do direito sancionador

Em uma perspectiva puramente teleológica, o Direito deve sempre buscar a realização da justiça.⁶ Além das inúmeras construções teóricas a respeito da concepção de justiça, esse fim pode ser alcançado com a realização de distintos objetivos parciais, cada qual ostentando uma funcionalidade específica no ambiente sociopolítico. As normas de direito sancionador, a exemplo de qualquer padrão normativo, são instrumentos de regulação social.⁷

Como já tivemos oportunidade de observar⁸, ao afirmarmos que a “justiça é cega”, buscamos realçar que seus julgamentos são imparciais, que todos os argumentos apresentados serão valorados e que seu poder de coerção alcançará indistintamente a todos. A representação artística da justiça é realizada por meio de uma mulher, com

⁵ Pleno, ADIs nº 7.042 e 7.043, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 31.8.2022, DJe de 28.2.2023.

⁶ Cf.: PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Ernest Flammarion, 1908. p. 303.

⁷ Cf.: WROBLEWSKI, Jerzy; BĄNKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. *The judicial application of law*. Springer: The Netherlands, 1992. p. 105.

⁸ *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 253.

olhos vendados, segurando uma balança e uma espada. Essa figura representaria um ideal: a correta administração da justiça. Subjacente ao valor imparcialidade, ter-se-ia o ideal, a direção permanente, o objetivo primordial de que a atuação da justiça seja sempre imparcial. Apesar de ambos serem revelados a partir de juízos valorativos, o ideal seria a parte operativa do valor.

O direito sancionador tem funcionalidades próprias, produzindo certos efeitos no ambiente sociopolítico. A forma como é normalmente estruturado permite que desempenhe funções de natureza: (a) ideológica, contribuindo para o desenvolvimento de uma base de valores refratária à ilicitude; (b) preventiva, fazendo surgir o receio da sanção para os prosélitos do ilícito, daí decorrendo tanto os referenciais de prevenção geral como de prevenção especial; e (c) retributiva, em que é atribuída ao infrator uma expiação em patamares diretamente proporcionais à sua conduta, que é compreendida não só na perspectiva do ilícito praticado, como em relação aos atos praticados em momento posterior ao ilícito (v.g.: colaborando com as autoridades para a identificação de outros infratores).

A operacionalização de cada uma dessas feições ocorrerá não só no processo de estruturação normativa, como, principalmente, no momento em que o direito sancionador se projetar na realidade. Cada ramo do direito sancionador irá proteger uma objetividade jurídica específica e disciplinará os instrumentos a serem utilizados para a realização desse objetivo.

Ao direcionarmos nossa atenção à sistemática instituída pela Lei nº 8.429/1992, observamos que o objetivo almejado, nos termos do seu art. 1º, *caput*, é o de tutelar *"a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social"*. Esse objetivo há de permear, em uma perspectiva geral, o enquadramento tipológico, a adoção de medidas cautelares, a prolação de atos decisórios e a celebração do acordo de não persecução cível. Em uma perspectiva concreta, será preciso identificar a justa medida das sanções a serem aplicadas ao autor do ilícito, o que deve estar conectado ao objeto geral desse sistema de responsabilização e às funções do direito sancionador, nas perspectivas ideológica, preventiva e retributiva.

Na transição do plano teórico-normativo para o realístico, o direito sancionador é influenciado pelo pensamento consequencialista, que torna juízos valorativos e decisórios particularmente sensíveis aos efeitos a serem produzidos na realidade, considerando as peculiaridades do caso concreto.

3. O consequencialismo na produção normativa e na interpretação jurídica

Ao falarmos das consequências de um ato ou fato, estamos nos referindo, de modo geral, aos efeitos que produz na realidade. Com os olhos voltados aos atos, que consubstanciam ações humanas voluntárias, é intuitivo que a análise desses efeitos mostra-se extremamente útil nos universos valorativo e decisório. Afinal, contribuirá para o delineamento do processo decisório, de modo a auxiliar na escolha, entre as

distintas opções existentes, daquela que gere as consequências mais adequadas à perspectiva do prolator da decisão ou de outros interessados, além de influir na realização dos juízos valorativos a respeito dessa decisão, que será avaliada, *a priori* ou *a posteriori*, justamente sob a ótica desses efeitos. As consequências, apesar de se projetarem na realidade em momento posterior à decisão, podem ser objeto de consideração em momento anterior, em potência, influenciando no próprio surgimento do seu alicerce de sustentação.

Ainda que o prolator da decisão tenha desconsiderado as consequências que dela adviriam, o normal é que sua correção ou incorreção, justiça ou injustiça, seja avaliada justamente à luz dessas consequências. O consequencialismo, com escusas pela tautologia, está centrado na análise das consequências do ato. Estão incluídas sob essa epígrafe as construções teóricas que buscam justificar uma escolha cotejando-a com os seus efeitos na realidade. Em razão de suas próprias características, pode espalhar-se por todas as searas em que haja voluntarismo no agir, de modo a compor o universo valorativo do ser e, conseqüentemente, a influir no processo de formação da vontade.

Reflexões de natureza consequencialista podem ser estruturadas a partir de inúmeras variáveis, que tendem a apresentar profundas distinções conforme a área do conhecimento objeto de análise. Análises realizadas por médicos, engenheiros, advogados e juízes, por exemplo, em razão das especificidades que ostentam, somente poderiam ser aproximadas, no plano consequencial, a partir de conclusões generalíssimas, baseadas em juízos como bom e ruim, aceitável e inaceitável, justo e injusto etc. Afinal, o médico direciona suas ações à preservação da saúde, de modo que as consequências dos seus atos serão avaliadas sob esse prisma; o engenheiro, à higidez e à funcionalidade do projeto que executa; o advogado, à satisfação dos interesses do cliente; e, o juiz, à materialização do justo.

Mesmo no âmbito da ciência jurídica, essas variações tendem a apresentar profundas distinções conforme a natureza da atividade desenvolvida, o ramo do direito objeto de análise e o sistema jurídico em que inserido. A atividade do legislador, que realiza intensos juízos de prognose, inclusive em relação ao impacto da atividade legislativa, é bem distinta daquela desenvolvida pelo intérprete, que utiliza uma base textual pré-estabelecida, que serve de diretriz e de balizamento para as suas decisões; preceitos normativos afetos ao direito civil e ao direito penal tendem a ser interpretados à luz de teorias e métodos bem diferentes daqueles afetos ao direito constitucional; e cada sistema jurídico, além de suas características estruturais, que podem conferir maior importância ao direito legislado ou aos precedentes judiciais, é moldado para uma dada sociedade, que possui a sua própria cultura, alicerce de sustentação não só do sistema, como da base dogmática que lhe serve de alicerce.

O consequencialismo, enquanto teoria, associa a escolha à melhor consequência, mas não precisa assumir posição a respeito de qual é a melhor consequência. Na medida em que o seu comprometimento é essencialmente metódico, são necessárias construções teóricas específicas a respeito da substância

das distintas opções disponíveis, o que permite a identificação daquela que produzirá as melhores consequências. O utilitarismo, por exemplo, é uma espécie de filosofia consequencialista que associa o bem à felicidade ou ao prazer do maior número; o hedonismo, por sua vez, em sua busca incessante pelo prazer como modo de vida, tende a não só aceitar como a buscar a impunidade, isto ao menos na perspectiva do infrator.

As características essenciais do consequencialismo indicam que o seu objetivo é o de permitir o surgimento de normas cujo efeito sobre a realidade seja considerado ótimo à luz de determinadas variáveis tidas como relevantes pelo intérprete. Ainda que seja outro o designativo atribuído, estaremos perante métodos dessa natureza quando for esse o objetivo do intérprete. Os consequencialistas, como advertiu Pettit,⁹ formam um conjunto heterogêneo, apresentando sensíveis divergências a respeito da forma como deve ser definida a natureza das consequências que devem direcionar a análise das escolhas possíveis. O argumento consequencialista, embora seja sua feição mais importante, pode ser visto como espécie do gênero argumento pragmático a que se referiram Perelman e Olbrechts Tyteca.¹⁰ Aliás, merece referência, na doutrina brasileira, o importante trabalho de Thamy Pogrebinski¹¹, que subdividiu o pragmatismo nas perspectivas (a) do antifundacionalismo, que afasta concepções apriorísticas; (b) do consequencialismo, indicando que o significado ou a verdade de uma proposição somente pode ser analisada na perspectiva das suas consequências; e (c) do contextualismo, que busca compreender a influência de aspectos circunstanciais, afeto ao contexto, na estruturação de uma proposição.

Ainda que não venhamos a adotar concepções puramente pragmáticas, a exemplo da tópica pura e do realismo jurídico, que podem se afastar por completo de padrões normativos estabelecidos por agentes dotados de legitimidade democrática, e avançar no delineamento da solução mais adequada ao caso concreto, com abstração de qualquer diretriz previamente estabelecida, é factível que, entre diversas soluções possíveis, optar-se-á por aquela que produza os melhores efeitos na realidade.

E quais são os melhores efeitos a serem produzidos?

O consequencialismo pode ser concebido em uma perspectiva mais ampla, *in genere*, como objetivo geral, ou ser direcionado a uma situação concreta. Na primeira perspectiva, possuem feições dessa natureza as construções teóricas que estabelecem os objetivos gerais de determinado ramo do direito e influem na produção normativa, sendo também por ela influenciados. É o que se verifica, no âmbito do direito penal, em relação às construções sobre o caráter retributivo ou educativo da pena, bem como sobre os seus objetivos de prevenção geral e de prevenção especial.¹² Já na segunda

⁹ Conséquentialisme. In CANTO-SPERBER, Monique. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2001, p. 329 (331).

¹⁰ Tratado da Argumentação (*Traité de la Argumentation*). Trad. de GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XX.

¹¹ Pragmatismo. *Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Domará, 2005, p. 23-72.

¹² Cf. FLORIAN, Eugenio. *Trattato di Diritto Penale*, vol. Primo – *Dei Reati e Delle Pene in Generale*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1903, p. 10 e ss.

perspectiva temos o seu universo de desenvolvimento na aplicação normativa, ponto culminante da interpretação jurídica. Afinal, a atividade intelectual desenvolvida pelo intérprete somente alcançará um resultado ótimo à luz das peculiaridades do caso concreto. É nesse momento, no plano do direito sancionador, que se verifica a aplicação da sanção cabível, norteadas pelo referencial de proporcionalidade. O consequencialismo deve ser particularmente sensível à constatação de que a amenização exagerada das consequências do ilícito pode simplesmente inviabilizar o surgimento de uma ideologia refratária à sua prática, além de estimular que novos ilícitos sejam praticados.

4. A proporcionalidade no direito sancionador

Uma análise de viés consequencialista deve se espalhar sob múltiplos aspectos afetos à projeção do direito sancionador na realidade, considerando as suas funções ideológica, preventiva e retributiva. Apesar disso, não há dúvidas de que, na perspectiva do infrator, as atenções se voltam à última dessas funções, em que sobressai o critério de proporcionalidade, cuja principal funcionalidade é a de estabelecer limites às restrições aos direitos fundamentais.¹³ Esse critério impõe a obrigação de o Poder Público utilizar meios adequados e interdita o uso de meios excessivos. Na construção de Robert Alexy, a restrição aos direitos fundamentais estará em harmonia com o critério de proporcionalidade em sendo observados os seus três elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁴

Consoante o primeiro elemento, a restrição deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, devendo estar presente uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. Observe-se, ainda, que a relação meios/fins (*Zweck-Mittel*) apresentará nuances distintas nas esferas legislativa e jurisdicional, pois à primeira é conferida maior liberdade de conformação, o que é justificável por adotar medidas em relação a situações de risco potencial e abstrato, enquanto o juiz, em regra, atua frente a situações atuais e concretas.

A restrição será necessária quando não exceder os limites indispensáveis à consecução do objetivo almejado, devendo-se preferir o meio menos lesivo aos direitos fundamentais. Em havendo possibilidade de escolha de outro meio, com

¹³ Remetemos o leitor às considerações que realizamos a respeito do tema na obra *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral* (2007: 348 e ss.), da qual reproduzimos alguns excertos.

¹⁴ Como frisou Robert Alexy, as três máximas fundamentais que informam o critério de proporcionalidade, adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito) são logicamente inferidas da própria natureza do princípio, dele deduzindo-se (*Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994, p. 101-104; e *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, p. 572-573). No mesmo sentido: GOESEL-LE BIHAN, Valérie. *Le controle exerce par le conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 45, 2001, p. 68; e *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exerce par le Conseil constitutionnel*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 30, 1997, p. 232.

idêntica eficácia, passível de impor menores limitações aos direitos individuais, a norma não será necessária e, conseqüentemente, será desproporcional.¹⁵

A proporcionalidade em sentido estrito, verdadeiro mandamento de ponderação, indica que a restrição imposta pela norma deve ser inferior ao benefício que se pretenda obter com a sua edição, sob pena de infração ao critério de proporcionalidade e conseqüente inconstitucionalidade. Não basta que a norma seja adequada e necessária à satisfação de determinado direito, sendo imprescindível a comprovação, a partir de um exercício de ponderação, que a opção pelo direito preferente oferece maiores vantagens que a carga coativa imposta ao direito preterido.

É constantemente invocado o argumento de que a adoção do critério de proporcionalidade importaria no surgimento da “justiça do caso concreto”, comprometendo a segurança jurídica que emana das normas *in abstracto* e desestabilizando o próprio princípio da separação dos poderes. Apesar da ampla permeabilidade do princípio aos valores, sua aplicação, ainda que riscos de abusos existam, não pode ser descartada, pois entendimento contrário culminaria em deflagrar uma nítida involução para o positivismo legalista.

Apesar de ser mais comum a compreensão da proporcionalidade na perspectiva da vedação ao excesso, de modo a evitar que se restrinja de forma desmesurada a esfera jurídica individual, não podemos olvidar a vedação à insuficiência, em que há leniência com a conduta do infrator e o bem jurídico não é protegido de forma adequada.

Na perspectiva da Lei nº 8.429/1992, a proporcionalidade deve ser inicialmente considerada ao se analisar a incidência, ou não, desse diploma normativo em uma situação concreta. Ainda que uma conduta seja formalmente enquadrada em sua tipologia, a ausência de afronta à objetividade jurídica tutelada impede a utilização desse sistema de responsabilização. É o que se verifica com o agente público que se apropria de um clip de papel da repartição ou descarta uma caneta ainda em uso. O § 4º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, passou a dispor que “os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos”. Ainda que esse comando se some a um rol mais amplo de iniciativas cujo fim último era o de reduzir não só as condutas passíveis de serem enquadradas no art. 11, como as respectivas sanções, é factível que a preocupação com a proporcionalidade está presente em sua parte inicial e sequer careceria de previsão expressa.

¹⁵ A necessidade ou exigibilidade da norma, de acordo com Gomes Canotilho, devem ser acrescentados “outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poucado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se limitará à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270).

Note-se que a constatação anterior não é em nada afetada pelo disposto no § 5º do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, segundo o qual, *“no caso de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei, a sanção limitar-se-á à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso, nos termos do caput deste artigo”*. Para que estejamos perante *“atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados por esta Lei”* é necessário que a objetividade jurídica tutelada seja de alguma forma afetada. Neste caso, estaremos perante um ato de improbidade administrativa. Se a objetividade jurídica não for afetada, não haverá que se falar em ato de improbidade ou em ato de improbidade de menor ofensa.

Além disso, a proporcionalidade deve ser considerada no momento de se definir a consequência jurídica desfavorável, entre aquelas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, que o agente sofrerá em razão da prática do ato de improbidade administrativa. As sanções, nos termos do *caput* desse preceito, *“podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”*.

A proporcionalidade, aliás, também deve direcionar a celebração do acordo de não persecução cível, cuja funcionalidade, como veremos, não é a de satisfazer a arbitrariedade do ente celebrante ou premiar a perspicácia do ímprobo. Cada cláusula deve ser justificada pelo interesse público, especialmente quando se evita uma longa disputa judicial, marcada por incertezas e por um elevado custo para os cofres públicos.

5. O objetivo da consensualidade no âmbito do direito sancionador

Não é exagero afirmar que a consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual¹⁶.

Apesar de a penetração da consensualidade no direito sancionador brasileiro ser fenômeno recente, que remonta há poucas décadas, a sua utilização é extremamente benéfica para o Estado. Além de ser alternativa a uma ampla investigação, que nem sempre alcança resultados ótimos, serve de estímulo para que o infrator retorne ao plano da juridicidade, abrevia o curso do processo sancionador e, a depender das características que sejam atribuídas ao instituto, coloca em permanente risco aqueles que pratiquem os ilícitos em grupo, já que um dos infratores pode sempre

¹⁶ Cf. GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, out.-dez./2017, p. 29 e ss.

decidir colaborar com as autoridades. Pode ser vista, assim, como um “*elemento desestabilizador*”¹⁷ da ilicitude.

A consensualidade no direito sancionador deve ser estruturada com certo cuidado, de modo que os infratores em potencial não venham a utilizá-la, *a priori*, como mera variável no cálculo das vantagens e desvantagens de suas ações. Esse aspecto torna-se particularmente relevante se o objetivo for generalizá-la para toda e qualquer infração. O bônus decorrente da consensualidade jamais deve ser visto como um prêmio para a ilicitude. Algum ônus deve ser imposto ao colaborador. Somente em situações extremas, pela relevância das informações fornecidas e os reflexos gerados no ambiente sociopolítico, deve ser afastada, de modo amplo e irrestrito, a responsabilização do colaborador.

Os atrativos da consensualidade certamente serão influenciados pela probabilidade de o colaborador ser identificado pelos meios regulares de investigação e vir a ser condenado após o curso regular de uma relação processual, administrativa ou judicial, em que lhe sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Além disso, os custos de um litígio e os reflexos da condenação sobre bens jurídicos relevantes para o colaborador, como a liberdade e a propriedade, também serão considerados.

A consensualidade pode ser direcionada tão somente à cessação de uma prática ilícita ou ao aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a caracterização de um ilícito passível de sanção.

A consensualidade também pode estar funcionalmente voltada à obtenção de um benefício no plano sancionador. Nesse caso, pode assumir os contornos de consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda.

A *consensualidade de colaboração* é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. Essa espécie de consensualidade pode ser acompanhada de *avaliação judicial* ou de *homologação judicial*: no primeiro caso, o juiz avalia a prova dos autos e decide que benefícios conceder; no segundo, o juiz tão somente homologa o acordo entre as partes, que definem, *a priori*, a relevância das informações e os benefícios a serem concedidos, podendo, se for o caso, ajustá-lo à juridicidade. Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz¹⁸, a colaboração exige

¹⁷ RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss.

¹⁸ O fundamento dessas figuras não é pacífico. A esse respeito, merecem referência a teoria subjetiva, baseada na exigência político-criminal de premiar quem desiste do propósito criminoso (*ponti d'oro al nemico che fugge*); a teoria dos fins da pena, sob o plano dúplice da prevenção geral e da prevenção especial, levando em conta a menor gravidade da conduta e periculosidade do sujeito; a teoria premial ou do mérito, de modo a recompensar o livre e voluntário retorno ao direito, o qual, embora não apague as consequências da conduta já executada, pode minorá-las; e a teoria objetivo-funcional, que, considerando

um *plus*, vale dizer, que o colaborador forneça informações úteis a outros propósitos correlatos ao ilícito que praticou (v.g.: localização da vítima, individualização de comparsas, descoberta de ilícitos até então desconhecidos etc.). Na *consensualidade de pura reprimenda*, por sua vez, o autor aceita a imediata oposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis.

O acordo de não persecução cível, na forma como se encontra disciplinado na Lei nº 8.429/1992, pode assumir as feições de consensualidade de colaboração ou de consensualidade de pura reprimenda. Cabe ao Ministério Público ou à pessoa jurídica lesada (*vide* ADI nº 7.042) analisar a pertinência da sua celebração, considerando as diretrizes estabelecidas pelo art. 17-B da Lei nº 8.429/1992. Nessa perspectiva, merecem destaque as seguintes considerações: (a) não é prevista a obrigatoriedade de haver uma sanção, já que o ressarcimento do dano e a perda dos bens adquiridos ilicitamente não apresentam ontologicamente essa característica, visando apenas o retorno ao *status quo*, não a imposição de restrições à esfera jurídica alheia; (b) quando o acordo é celebrado pelo Ministério Público em momento anterior ao ajuizamento da ação, deve ser homologado pelo Conselho Superior ou pela Câmara de Revisão, conforme o caso; (c) para o Ministério Público celebrar o acordo, a pessoa jurídica deve ser ouvida, sendo a recíproca verdadeira; (d) a eficácia do acordo está sempre condicionada à homologação judicial; (e) a celebração do acordo deve sempre considerar “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso”, claro indicativo de que não há espaço para o capricho e a prepotência, facilmente reconduzíveis à concepção mais ampla de arbítrio; (f) o não cumprimento do acordado impedirá a celebração de novo ajuste pelo prazo de cinco anos, a contar do conhecimento pelo celebrante do efetivo descumprimento. Quanto ao momento da celebração, dedicamos o tópico subsequente à sua análise.

6. A transição entre juízos de verossimilhança e de certeza na celebração do acordo de não persecução cível

Como adiantamos na introdução deste texto, nossa atenção seria direcionada à interpretação do § 4º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, segundo o qual “o acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória”. Esse preceito, caso interpretado de modo a privilegiar o potencial expansivo de sua literalidade em detrimento da teleologia do direito sancionador, do consequencialismo na interpretação jurídica, da proporcionalidade na aplicação de sanções e do objetivo da consensualidade no âmbito do direito sancionador, pode oferecer sério risco à coerência sistêmica da Lei nº 8.429/1992.

a complementariedade das teorias, identifica a carência de ofensa ao bem jurídico tutelado, ao que se soma o objetivo da pena. Cf. LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice Penale*, vol. II, *Il reato*, Libro I, artt. 39-58-bis. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 991-993.

Com o objetivo de contribuir para a compreensão desse risco, trazemos à baila um precedente do Superior Tribunal de Justiça a respeito dessa temática.

Na Petição nº 14.712-RS¹⁹, apresentada após o agente ser condenado em primeira e em segunda instâncias por ato de improbidade administrativa; ser negado seguimento ao recurso especial, tendo a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negado provimento ao agravo interno; e após a Primeira Seção negar provimento aos embargos de divergência e aos embargos de declaração, ocorreu a homologação de acordo de não persecução cível.

O agente, outrora integrante da Polícia Federal e que, no momento do acordo, ocupava cargo efetivo em relevante instituição que integra o rol de funções essenciais à justiça, tinha sido condenado à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de cinco anos, e ao pagamento de multa no valor de dez vezes a remuneração recebida em 2009. No acordo celebrado com o Ministério Público Federal, foi ajustado o pagamento de um terço da multa, dividida em dez parcelas mensais, sendo afastadas as duas outras sanções. Além disso, foi prevista a suspensão do direito de adquirir, portar ou possuir arma de fogo no exercício da atual função pública; a impossibilidade de voltar a ocupar um cargo policial, o que, como se sabe, pressupõe a prévia aprovação em concurso público, não sendo demais lembrar que o agente voluntariamente deixara a carreira policial para ocupar um cargo de muito maior relevância no âmbito das estruturas estatais de poder; e, por fim, a assunção do compromisso de o agente desistir do recurso extraordinário que interpusera. Na cláusula segunda do acordo, lê-se que: *“em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerando as circunstâncias e consequências diminutas dos atos de improbidade, que não foram suficientes para abalar a confiança e o prestígio que a Polícia Federal tem junto à sociedade, bem assim a sua suficiência para reprimi-los e prevenir novas ocorrências”*. Ao homologar o acordo, o Tribunal limitou-se a invocar os termos do ajuste e a ressaltar que o agente mantinha elogiável ficha funcional nos mais de dez anos de exercício no novo cargo.

Como se percebe, no momento da celebração do acordo, o processo já tinha percorrido três instâncias do Poder Judiciário, com a possibilidade de manuseio do vasto repertório recursal oferecido pela nossa ordem jurídica, e esaurido a instância no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Embora houvesse um recurso extraordinário pendente, convenhamos, era grande o desafio para a defesa, considerando os aspectos fáticos da conduta e o fato de a base normativa estar essencialmente situada no plano legal. Naquele momento, o Poder Judiciário entendia que era proporcional à conduta que o agente sofresse, além da multa, as sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública. Se lembrarmos a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em momento anterior, na ADI nº 7.236²⁰, que suspendeu a eficácia do § 1º do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, cujo objetivo era limitar os efeitos da sanção de

¹⁹ Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 23.8.2023, DJe de 2.10.2023.

²⁰ Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 27.12.2022, DJe de 10.1.2023.

perda da função pública ao cargo em que o ilícito fora praticado, o risco de o agente ser destituído do novo cargo era mais que plausível. As “medidas substitutivas”, por sua vez, não deixam de ser curiosas, considerando que estar impedido de adquirir, portar ou possuir uma arma de fogo não é propriamente um sacrifício; e o que dirá do compromisso de não voltar à carreira policial, considerando que o agente acabara de deixá-la de modo voluntário.

Também é difícil identificar, em uma relação processual que acabara de concluir a terceira etapa da via-crúcis pela qual rotineiramente passam as ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa, como o acordo celebrado atenderia ao disposto na parte final do § 2º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, segundo o qual devem ser consideradas “*as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso*”. Esta exigência foi atendida com o acordo?

Ainda no bojo das reflexões a respeito da Petição nº 14.712/RS, o que chama verdadeiramente a atenção é o fato de que, em determinado momento processual, na penúltima instância possível no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, entendia-se que a conduta praticada pelo agente deveria ensejar a aplicação das sanções de multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. E neste mesmo momento a instituição autora da ação, por meio de membro que atua no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que proporcional seria fixar a multa em um terço; afastar as duas outras sanções; e acrescentar outras duas medidas desfavoráveis, mais simbólicas que reais. Ato contínuo, para fechar com chave de ouro, o acordo foi homologado, o que significa dizer que o Tribunal encampou a tese que a Justiça não fora justa, estando equivocada até aquele momento, já que proporcional era o acordo de não persecução cível, não as sanções que até aquele momento estavam prevalecendo. O acordo, em certa medida, passou a ostentar uma funcionalidade bem similar à da ação rescisória, com a só distinção de que não se esperou o trânsito em julgado.

O ocorrido no exemplo oferecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o feito ainda se encontrava em tramitação, pode ser potencializado com a previsão, no § 4º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, de que é possível a celebração do acordo no momento de execução da sentença condenatória, vale dizer, após o seu trânsito em julgado, considerando que o art. 12, § 9º, da Lei nº 8.429/1992 exige o seu aperfeiçoamento para que as sanções se tornem eficazes. Nesse caso, é importante frisar, sequer incide a limitação oferecida pelo biênio para o ajuizamento da ação rescisória. Com isso, uma decisão transitada em julgado pode ser simplesmente desconstituída *sine die*.

Também não podemos perder de vista que tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica lesada têm legitimidade para ajuizar a ação e celebrar o acordo, o que tende a oferecer um interessante campo de discussão em relação à possibilidade de um ente celebrar o acordo no bojo de relação processual iniciada por outro, não sendo demais lembrar que ambos se manifestam nesse âmbito. Como estamos no plano do direito sancionador, é mais que razoável afirmar que os legitimados não defendem direito próprio, de modo que a proteção da probidade administrativa

seria um interesse difuso, logo, não haveria óbice à celebração do acordo por ente outro que não o autor da ação, tese certamente robustecida ao lembrarmos que é necessária a homologação judicial, que ficará a cargo do juízo preventivo.

Cumpra questionar: na homologação, o Poder Judiciário deve atuar como mero autômato, tão somente aquiescendo aos termos do acordo celebrado? Uma resposta positiva a esse questionamento pode oferecer sérios riscos à higidez do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Afinal, e se houver conluio entre os celebrantes do acordo? Para evitar deturpações, campo propício ao florescer da má-fé, cremos que os três momentos a que se refere o § 4º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 podem ser compreendidos na perspectiva dos conceitos de verossimilhança, probabilidade e certeza oferecidos pelo célebre Nicola Framarino Dei Malatesta²¹.

De acordo com o mestre italiano, na verossimilhança, tem-se o que é crível. Existe a percepção e a correlata consideração de iguais razões para a afirmação e a negação, sem que haja predominância de qualquer delas. Estamos, aqui, no universo da possibilidade. Como ressaltado pelo mestre, *“o possível é a potência capaz de atuar e, do nosso ponto de vista, o ter podido ser uma realidade. A realidade é a potência atuada. A percepção de um objeto, como possibilidade de realidade já explicada, é, para nós, o crível; a percepção de um objeto como realidade incontestável é, para nós, certeza”*.

Na probabilidade, tanto os motivos convergentes como os divergentes a determinada tese são julgados dignos de serem levados em conta, na medida dos seus diversos valores, se bem que mais os primeiros e menos os segundos. A probabilidade deriva de dados objetivos, produzindo um estado de alma que é o produto da sua percepção. Além disso, em razão de sua própria natureza, admite gradações. Na medida em que cresçam os motivos convergentes e diminuam os divergentes, cresce a probabilidade, sendo o inverso verdadeiro. Neste último caso, os motivos divergentes devem aumentar sempre em uma medida inferior aos convergentes; caso venham a igualá-los, se extinguiria a probabilidade e poderíamos retornar à verossimilhança; caso os superem, ensejarão o surgimento de uma probabilidade oposta.

Na certeza, ao contrário, os motivos divergentes a determinada tese não merecem racionalmente consideração e, por isso, se afirma. Tal afirmação, nas palavras do mestre, *“surge para o espírito humano como correspondente à verdade, e a certeza que dela provém, como qualquer outra certeza, não é senão a consciência da verdade”*. A certeza, pelas suas próprias características, é insuscetível de gradação. Em outras palavras, ou há certeza ou não há. No âmbito processual, é o que se convencionou denominar de verdade real ou, em uma perspectiva mais realista, de verdade possível.

Ao associarmos a construção de Malatesta ao percurso a ser percorrido para a obtenção de uma condenação transitada em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa, conseguimos compreender que a transição entre os

²¹ *A lógica as provas em matéria criminal*, vol. I. Tradução de Waleska Giroto Siverberg. Brasil: Conan Editora, 1995, p. 57-83.

referenciais de verossimilhança, probabilidade e certeza indica o paulatino aumento da sindicabilidade a ser realizada pelo Poder Judiciário em relação aos termos do acordo.

Na fase de investigação, estaríamos perante a verossimilhança, momento em que tanto os motivos convergentes à presença da improbidade administrativa como os divergentes são dignos de serem levados em consideração. Aqui, a liberdade negocial assume os seus contornos mais amplos, mas nem por isso é absoluta.

Ao fim da investigação, é possível o seu arquivamento, o que decorre da probabilidade ou mesmo da certeza de que a improbidade não ocorreu. Para o ajuizamento da ação de responsabilidade pelo ato de improbidade, é preciso a probabilidade, ainda que pequena, de que o ilícito ocorreu. Essa probabilidade, nos termos do § 6º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, estará presente com o cumprimento da exigência de que, na petição inicial, sejam apresentados *“elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada”* (inc. I), e de que seja instruída *“com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente”* (inc. II). No curso da relação processual, a probabilidade aumentará em gradação na medida em que as condenações sejam exaradas nas sucessivas instâncias, o que conduzirá à paulatina diminuição da liberdade negocial.

No momento em que ocorre o trânsito em julgado da condenação pela prática do ato de improbidade administrativa, tem-se o delineamento da verdade possível, na perspectiva processual, e a sua imutabilidade. A moderna processualística considera coisa julgada a qualidade da decisão judicial contra a qual já não caiba mais recurso²². É a denominada *teoria da qualificação dos efeitos da sentença*. Portanto, na fase de execução da sentença condenatória estamos perante a certeza a que se referiu Malatesta.

Com isso, o escrutínio a ser realizado pelo Poder Judiciário e o ônus argumentativo do ente celebrante do acordo devem ser sucessivamente ampliados em cada uma dessas três fases, ressaltando-se que, no momento de execução, como estamos perante um juízo de certeza realizado pelo Poder Judiciário em relação ao ilícito e à proporcionalidade das sanções, somente a forma de execução é suscetível de ser acordada, não se abrindo a possibilidade de serem afastadas as sanções por deliberação das partes.

Epílogo

O largo uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador brasileiro tem sido visto, com razão, como um importante instrumento para a realização do ideal de justiça. Afinal, reduz custos, diminui a duração das relações processuais, contribui para a pacificação social e aumenta o nível de satisfação individual. Vantagens à parte,

²² Cf. Enrico Tullio Liebman. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 37.

não podemos jamais esquecer que é a consensualidade que opera no âmbito do direito sancionador, não sendo a recíproca verdadeira. No momento em que o acordo de não persecução cível passar a ser utilizado não para densificar os objetivos que motivaram o surgimento da consensualidade nesse âmbito, mas como instrumento de manipulação sistêmica, estaremos alimentando o surgimento de malefício tão gravoso quanto aquele que se buscou combater com a Lei nº 8.429/1992.

Referências

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. In *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, p. 572-581, 2005.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994.

BERGSTROM, L. *The Alternatives and Consequences of Action*. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1966.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMMISKEY, D. *Kantian Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DARWALL, S. Ed. *Consequentialism*. Malden (MA). Blackwell Pub. 2003.

FLORIAN, Eugenio. *Trattato di Diritto Penale, vol. Primo – Dei Reati e Delle Pene in Generale*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1903.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, p. 29, out.-dez./2017.

_____. Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão? In *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 83, p. 35, jan.-mar./2022.

_____. Comentários à Constituição Brasileira, vol. 3. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 641-647.

_____. *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

_____. O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.

_____. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GOESEL-LE BIHAN, Valérie. Le controle exerce par le conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie Générale. In *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 45, p. 67-83, 2001.

_____. Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proporcionalité exerce par le Conseil constitutionnel. In *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 30, p. 227-267, 1997.

HODGSON, D. H. *Consequences of Utilitarianism*. Oxford University Press, 1967.

HOOKE, B. *Ideal code, real Word: a rule-consequentialist theory of morality*. New York: Oxford University Press, 2000.

LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Codice Penale, vol. II, Il reato, Libro I*, artt. 39-58-bis. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica as provas em matéria criminal*, vol. I. Tradução de Waleska Giroto Siverberg. Brasil: Conan Editora, 1995.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

MULGAN, T. *The demands of consequentialism*. New York: Oxford University Press, 2001.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação (Traité de la Argumentation)*. Trad. de GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETTIT, Philip. Conséquentialisme. In CANTO-SPERBER, Monique. *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2001, p. 329-336.

_____. *Conséquentialisme et psychologie morale*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, vol. 99, 1994, p. 223-244.

_____; BRENNAN, G. Restrictive consequentialism. In *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 64, 1986, 438-455.

PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Ernest Flammarion, 1908.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo*. Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147.

ROTH, T. P. *Ethics, economics and freedom: the failure of consequentialist social welfare theory*. Aldershot/Brokfield. USA: Ashgate, 1999.

SLOTE, M.; PETTIT, Ph. Satisficing consequentialism. In *Proceedings of the Aristotelian Society*, Sup. nº 58, 1984, 134-176.

SXHEFFLER, S. *Consequentialism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

_____. *The Rejection of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

WALDROW, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

WROBLEWSKI, Jerzy; BĄNKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. *The judicial application of law*. Springer: The Netherlands, 1992.

A Lei 11.343/06 sob o crivo da comunidade internacional: desafios de convencionalidade nos tratados antidrogas

Law 11.343/06 under the screening of the international community: conventionality challenges in anti-drugs treaties

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

Sumário

Introdução. 1. Os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual. 2. O (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira. 3. O (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira. 4. O regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo analisa a conformidade da legislação criminal brasileira com os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas estabelecidos nos tratados internacionais antidrogas. A Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988) impõem aos Estados signatários a tipificação de determinadas condutas e a implementação de medidas processuais específicas. A Lei 11.343/2006, que regulamenta o combate ao tráfico de drogas no Brasil, é analisada à luz dessas obrigações internacionais. Utilizando-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, o estudo investiga a efetividade da legislação brasileira em atender às exigências internacionais, identificando avanços e lacunas. O artigo conclui que, embora a legislação brasileira

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor e professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Coordenador do Grupo de Estudos de Marília “João Batista de Santana” da Associação Paulista do Ministério Público.

tenha incorporado grande parte dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas, ainda existem áreas que necessitam de aprimoramento. Ademais, a ausência de sanções internacionais coercitivas robustas limita a eficácia dos tratados, ressaltando a necessidade de revisão e fortalecimento das políticas públicas e legislativas. O estudo enfatiza a importância de um compromisso real com os tratados internacionais para garantir a proteção dos direitos humanos e a segurança global.

Abstract

This article examines the compliance of Brazilian criminal legislation with the mandates of criminalization and positive criminal procedural obligations established in international anti-drug treaties. The Single Convention on Narcotic Drugs (1961), the Convention on Psychotropic Substances (1971), and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988) impose on signatory states the requirement to criminalize certain behaviors and implement specific procedural measures. Law 11.343/2006, which regulates the fight against drug trafficking in Brazil, is analyzed in light of these international obligations. Using the deductive method and bibliographic research, the study investigates the effectiveness of Brazilian legislation in meeting international requirements, identifying advances and gaps. The article concludes that while Brazilian legislation has incorporated much of the mandates of criminalization and positive criminal procedural obligations, there are still areas needing improvement. Furthermore, the absence of robust coercive international sanctions limits the effectiveness of the treaties, highlighting the need for a review and strengthening of public and legislative policies. The study emphasizes the importance of a real commitment to international treaties to ensure the protection of human rights and global security.

Palavras-chave: Mandamentos de criminalização. Obrigações processuais penais positivas. Tratados internacionais Tráfico de drogas Legislação brasileira.

Keywords: Mandates of criminalization. Positive criminal procedural obligations. International treaties. Drug trafficking. Brazilian legislation.

Introdução

A crescente preocupação global com o tráfico de drogas e seus impactos devastadores na sociedade motivou a criação de diversos tratados internacionais visando combater esse flagelo. Entre eles, destacam-se a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Tais instrumentos impõem mandamentos de criminalização e obrigações processuais penais positivas aos Estados signatários, visando uma resposta penal eficiente e harmonizada. No contexto brasileiro, a legislação criminal, particularmente

a Lei 11.343/2006, representa a materialização dos compromissos internacionais assumidos pelo país. Contudo, a análise do cumprimento dessas obrigações revela tanto avanços quanto lacunas, suscitando uma reflexão crítica sobre a eficácia da legislação nacional em face das diretrizes internacionais.

A problemática central deste estudo reside na avaliação do grau de conformidade da legislação criminal brasileira com os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais antidrogas. Busca-se investigar se a legislação pátria satisfaz integralmente os requisitos estabelecidos por esses tratados e, em caso negativo, quais são as implicações e possíveis sanções internacionais decorrentes desse descumprimento.

O objetivo principal é analisar a implementação dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas na legislação brasileira, destacando as áreas de conformidade e as deficiências existentes. Além disso, o estudo pretende identificar as possíveis sanções internacionais que o Brasil pode enfrentar em decorrência do não cumprimento dessas obrigações. A relevância deste estudo se justifica pela necessidade de assegurar que a legislação nacional não apenas respeite os compromissos internacionais, mas também contribua eficazmente para a proteção da sociedade contra os males associados ao tráfico de drogas.

A metodologia adotada é essencialmente dedutiva e bibliográfica. A partir da análise dos conceitos gerais de mandamentos de criminalização e obrigações processuais penais positivas, o estudo se aprofunda na investigação específica da legislação brasileira e sua conformidade com os tratados internacionais antidrogas. A pesquisa se baseia em fontes doutrinárias, normativas e jurisprudenciais, proporcionando uma visão abrangente e crítica sobre o tema.

O artigo está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual”, são apresentados os conceitos fundamentais, sua origem e fundamentação tanto na Constituição quanto nos tratados internacionais, destacando sua importância para a proteção dos direitos fundamentais e para a eficácia do direito penal.

O segundo capítulo, “o (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira”, examina a aplicação concreta desses mandamentos na legislação penal brasileira, avaliando a conformidade com os tratados antidrogas e identificando as áreas onde ocorrem falhas ou omissões.

O terceiro capítulo, “o (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira”, foca nas obrigações processuais impostas pelos tratados, analisando a eficácia da legislação brasileira na implementação dessas obrigações e discutindo as possíveis sanções internacionais aplicáveis em casos de descumprimento.

Finalmente, o quarto capítulo, “o regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas”, em que se identifica que a Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas pode apenas sugerir e recomendar medidas, sem poder coercitivo, e o Brasil não se submete à jurisdição da Corte Internacional de Justiça para responsabilização por tais omissões, não havendo sanções internacionais concretas para a falta de implementação das disposições convencionais.

A pesquisa demonstra que a conformidade com os tratados internacionais não se limita a ajustes legislativos, mas implica um compromisso real com a proteção dos direitos humanos e com a segurança global. A ausência de sanções coercitivas robustas e a resistência em aceitar a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça evidenciam a necessidade de uma revisão profunda na legislação e nas políticas públicas brasileiras, para assegurar que os compromissos internacionais sejam plenamente honrados e que o enfrentamento contra o tráfico de drogas seja eficaz.

1. Os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da

Constituição Federal, enuncia um mandamento expresse de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, entretanto, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006, n/p) ensina que:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

De nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a implementação de garantias instrumentais e procedimentais de que tais crimes seriam devidamente investigados, adequadamente processados e, em caso de confirmação de sua existência e da autoria, observados, intransigentemente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que tais delitos sejam satisfatoriamente punidos, afinal, “o direito penal não encontra atuação sem o processo” (Montagna, 2016, p. 316).

Nessa perspectiva, identificam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, ao esquadrinhar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, a existência de um instituto denominado *obrigações processuais penais positivas*, que poderiam ser conceituadas como,

[...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos. (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Cuida-se, a propósito, de “[...] nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção” (Fischer; Pereira, 2019, p. 108), que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos, de investigação e de instrução processual, que permitam, concretamente, o esclarecimento da existência e da autoria de fatos violadores aos direitos humanos tutelados em âmbito supranacional, assim como, caso reconhecida a responsabilidade dos agentes implicados, a imposição de uma sanção penal em seus detrimentos.

Validamente, Douglas Fischer e Frederico Pereira esclarecem (2019, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma *dupla projeção*, porque estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades investigativas e jurisdicionais, primeiramente, para *esclarecimento* de crimes e, depois, para o cumprimento diligente dos *atos procedimentais* que compõem aquela persecução penal.

De antemão, é necessário obter-se que as *obrigações processuais penais positivas* em nada se confundem com eventual pretensão de condenação a qualquer custo ou de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada da prática de uma infração penal: na verdade, o instituto à baila prega o intransigente respeito ao devido processo legal e às garantias individuais da pessoa inculpada, os quais devem ser assegurados sem o prejuízo da igualmente necessária dedicação das autoridades do sistema de justiça na investigação do fato, no acerto judicial e na punição dos culpados, em uma perspectiva *integral* de justiça criminal.

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos *mandados de criminalização*, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente *procedimental* que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a consequente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por *obrigações processuais penais positivas*.

Nessa perspectiva,

[...] são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo”, assim como para “uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas. (Fischer; Pereira, 2019, p. 96-97).

Assim, *mandados de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas* são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza *penal* e *processual penal* na tutela dos direitos humanos, conforme explicitam Douglas Fischer e Frederico Pereira (2019, p. 118),

[...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente”, tratando-se, por sua vez, as *obrigações processuais penais positivas* de exigências que “complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

Definidos os conceitos de *mandamentos de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas*, impende, doravante, avaliar de tais determinações contidas nos tratados internacionais *antidrogas* foram efetivamente implementadas na legislação criminal brasileira.

2. O (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira

Na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, percebe-se uma nítida ordem de penalização em relação à punição do tráfico de drogas, em seu artigo 36, item 1^o, que determina a criminalização do cultivo, produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, bem como, em segundo lugar, prescreve que as infrações graves envolvendo o narcotráfico sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão.

Neste particular, no tocante à produção, à fabricação, à preparação, à posse, às ofertas em geral, às ofertas de venda, à distribuição, à compra, à venda, e à entrega a qualquer título, à corretagem, ao despacho, ao transporte, à importação e à exportação, pode-se afirmar que o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06², que prescreve pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos, assim como multa de 500 a 1.500 dias-multa, atendeu, adequadamente, àquele mandamento de criminalização.

Nada obstante, a ordem de criminalização do *cultivo* de drogas também foi acatada no tipo penal equiparado do artigo 33, § 1^o, inciso II, da Lei 11.343/06³, que estabelece a incidência de idênticas penas a quem *semeia, cultiva* ou *faz a colheita*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Já a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1977), promulgada internamente pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977, em seu artigo 22, item 1, alínea "a"⁴, determina a tipificação como delito de atos intencionais de narcotráfico, cuja prática, quando dotada de gravidade, seja passível de sanção

¹ Art. 36.1: "Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade" (Organização das Nações Unidas, 1961, n/p).

² Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (Brasil, 2006b, n/p).

³ Artigo 33, § 1^o, inciso IV, da Lei 11.343/06: "Nas mesmas penas incorre quem: semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas" (Brasil, 2006b, n/p).

⁴ Art. 22. 1, "a": "Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade" (Organização das Nações Unidas, 1977, n/p).

adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade, o que, semelhantemente, logrou ser disciplinado pelo tipo penal capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Por derradeiro, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), inserida ao arcabouço normativo brasileiro pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, foi muito mais aprofundada na definição de quais comportamentos deveriam ser punidos como crimes, a começar pelo artigo 3º, § 1º, o qual estabelece, em sua cabeça, que “cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente”.

Neste particular, digno de nota que o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, estabelece a causa especial de aumento de pena da *transnacionalidade* do delito⁵, que se caracteriza pela prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras⁶, com a imposição de aumento de um sexto a dois terços, quando estiver presente essa hipótese, que, aliás, atrai a competência material da Justiça Federal para o seu julgamento⁷.

Sucedeu, então, que a convenção internacional em tela, na alínea “a”, do mencionado dispositivo, descreveu, ao menos, cinco condutas criminosas que deveriam ser tipificadas como crimes pela legislação interna dos países subscritores: i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica; ii) o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes; iii) a posse ou aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades enumeradas no item i) acima; iv) a fabricação, o transporte ou a distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv).

A primeira ordem de criminalização, constante do item i, concernente à produção, fabricação, extração, preparação, oferta para venda, distribuição, venda, entrega em quaisquer condições, corretagem, envio, envio em trânsito, transporte, importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, assim como a terceira (item iii), referente à a posse ou aquisição de qualquer

⁵ Art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito.” (Brasil, 2006b, n/p).

⁶ Nesse sentido, a Súmula 607, do STJ: “A majorante do tráfico transnacional de drogas (artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras”.

⁷ Art. 70, *caput*, Lei 11.343/06: “O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal” (Brasil, 2006b, n/p).

entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades de narcotráfico, fazem-se suficientemente acatadas, internamente, pelo já mencionado artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06⁸.

Já a segunda determinação, relativa ao cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes, também foi acolhida no tipo penal equiparado do artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06⁹, que estabelece a incidência penas iguais a quem *semeia, cultiva* ou faz a *colheita*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Por sua vez, o quarto mandamento, estabelecido no item iv, dedicado à fabricação, ao transporte ou à distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas, também foi implementado pelo artigo 34, da Lei 11.343/06¹⁰, que pune com reclusão de 3 a 10 anos e multa de 700 a 1.200 dias-multa, quem fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, *maquinário, aparelho, instrumento* ou qualquer objeto destinado à *fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pode-se dizer, finalmente, que a quinta determinação de criminalização, do item v, que diz respeito à punição da organização, da gestão ou do financiamento ao narcotráfico, foi adequadamente tipificada pelo artigo 36, da Lei 11.343/06¹¹, que impõe reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa, a quem financiar ou custear a prática do tráfico de drogas.

Nada obstante a determinação de quais comportamentos deveriam ser considerados criminosos pela legislação criminal interna, o artigo 3º, § 4º, alínea “a”¹² da convenção internacional em apreço, ordena, em relação àquelas condutas,

⁸ Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa” (Brasil, 2006b, n/p).

⁹ Artigo 33, § 1º, inciso IV, da Lei 11.343/06: “Nas mesmas penas incorre quem: semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁰ Art. 34, Lei 11.343/06: “Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa” (Brasil, 2006b, n/p).

¹¹ Art. 36, Lei 11.343/06 “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa” (Brasil, 2006b, n/p).

¹² Art. 3º. 4, “a”: “Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco”. Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

a imposição de *sanções proporcionais à gravidade dos delitos*, tais como a pena de *prisão*, ou outras formas de privação de liberdade, *sanções pecuniárias* e o *confisco*.

Neste particular, pode-se dizer que a Lei 11.343/06 logrou atender ao comando internacional referido, ao impor penas privativas de liberdade entre cinco a quinze anos ao tráfico de drogas, em sua modalidade fundamental, isto é, na cabeça do artigo 33, sem prejuízo de imposição de multa de 500 a 1.500 dias-multa, além de prever, como efeito secundário da condenação, o perdimento do produto, bem, direito ou valores do condenado, na forma do artigo 63, incisos I e II¹³, do indigitado diploma normativo.

O porte de drogas para consumo pessoal, mais adiante, também foi objeto de ordem expressa de criminalização pela ordem jurídica interna, no parágrafo 2º do artigo 3º¹⁴, da convenção internacional em questão, ao prescrever que cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal.

Neste quesito, a Lei 11.343/06, em seu artigo 28, acatou àquele comando, ao prever penas não privativas de liberdade a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para *consumo pessoal*, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar¹⁵.

Digno de nota, aqui, que, “[...] embora seja absolutamente viável, pela experiência do direito penal internacional das drogas, pensar na viabilidade da descriminalização do consumo pessoal.” (Carvalho, 2015, p.399), essa providência, caso levada a efeito pela legislação criminal brasileira, acarretaria evidente descumprimento ao mandamento de criminalização estampado no parágrafo 2º, do artigo 3º, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), sujeitando a República Federativa do Brasil às sanções internacionais decorrentes de sua inobservância.

O tratado à baila também estabelece, no artigo 3º, § 4º, alínea “c”¹⁶, que, em se tratando de infrações de caráter *menor*, será possível substituir a sanção penal pela aplicação de *outras medidas*, a exemplo de *educação*, *reabilitação* ou *reintegração social*,

¹³ Art. 63, Lei 11.343/06: “Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁴ Art. 3º, 2º: “Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

¹⁵ Art. 28, Lei 11.343/06: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁶ Artigo 3º, § 4º, alínea “c”: “Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

assim como de *tratamento* e *acompanhamento* posterior, nos casos de *toxicomania*, o que se faz presente nas sanções estabelecidas no artigo 28, da Lei 11.343/06, que impõe ao portador da droga, para consumo pessoal, as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou a curso educativo, em plena consonância com as prescrições internacionais.

Finalmente, em seu artigo 4º, § 5º¹⁷, a convenção em voga ordena às autoridades jurisdicionais deverão levar em consideração, para fins de dosimetria da pena, determinadas circunstâncias que tornem o tráfico de drogas especialmente grave, como, a participação em organização criminosa, o uso de violência ou de armas, a ocupação de cargo público, ter crianças ou adolescentes como coautores ou destinatários da droga, ter praticado o delito no interior ou nas imediações de estabelecimento penal, educacional, assistencial, esportivas ou sociais e condenações prévias.

Atento àquele comando, o legislador ordinário brasileiro criou as causas especiais de aumento de pena do artigo 40, incisos II¹⁸, III¹⁹, IV²⁰, VI²¹, em sua Lei 11.343/06, impondo a majoração da reprimenda, de um sexto a dois terços, aos condenados que incidirem em cada uma das circunstâncias mencionadas pela convenção internacional.

Entretanto, o legislador brasileiro olvidou-se da ordem expressa de impor a *pena máxima* permitida pelas leis internas, caso o condenado seja *reincidente*²² pela

¹⁷ Artigo 3º, § 5º: “As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: a) o envolvimento, no delito, de grupo criminoso organizado do qual o delinquente faça parte; b) o envolvimento do delinquente em outras atividades de organizações criminosas internacionais; c) o envolvimento do delinquente em outras atividades ilegais facilitadas pela prática de delito; d) o uso de violência ou de armas pelo delinquente; e) o fato de o delinquente ocupar cargo público com o qual o delito tenha conexão; f) vitimar ou usar menores; g) o fato de o delito ser cometido em instituição penal, educacional ou assistencial, ou em sua vizinhança imediata ou em outros locais aos quais crianças ou estudantes se dirijam para fins educacionais, esportivos ou sociais; h) condenação prévia, particularmente se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

¹⁸ Artigo 40, inciso II, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁹ Artigo 40, inciso III, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos”. (Brasil, 2006b, n/p).

²⁰ Artigo 40, inciso IV, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva” (Brasil, 2006b, n/p).

²¹ Artigo 40, inciso VI, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação” (Brasil, 2006b, n/p).

²² Artigo 3º, § 5º, alínea “h”: “As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: condenação prévia, particularmente

prática do tráfico de drogas, ignorando o dever de punir mais severamente os agentes já envolvidos com a narcotraficância, relegando tal situação à simples majoração, normalmente de sexta parte, na segunda fase da dosimetria da pena, em razão da agravante genérica da reincidência²³, perdendo a oportunidade, ilustrativamente, de estabelecer uma causa especial de aumento de pena que reprovasse mais firmemente a recidiva, a exemplo do que fez no Estatuto do Desarmamento, em que estabeleceu a majoração de metade da pena aos reincidentes específicos nos crimes envolvendo armas de fogo, acessórios ou munição²⁴.

Assim, à exceção da obrigação de punir mais rigorosamente a reincidência específica no tráfico de drogas, olvidada pela Lei 11.343/06, pode-se dizer que o diploma legislativo logrou acatar os mandamentos de criminalização estabelecidos na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1977) e na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), especialmente, em relação a este último tratado, ao determinar a criminalização do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

3. O (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira

O Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, que promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, carregou consigo algumas obrigações processuais penais positivas, oponíveis aos países subscritores, para o enfrentamento ao tráfico de drogas.

A primeira delas, de natureza punitiva, está descrita no artigo 3º, item 7²⁵, relacionada à *liberdade provisória* e ao *livramento condicional*: os países subscritores deverão levar em conta a gravidade dos delitos de tráfico de drogas ao considerar a possibilidade de conceder aos condenados por tais crimes tais benefícios, respectivamente, durante a fase processual e na execução da pena.

De fato, a Lei 11.343/06 proibiu o deferimento da liberdade provisória aos investigados e processados criminalmente por tráfico de drogas, na cabeça de seu artigo 44²⁶, assim como, em seu parágrafo único, estabeleceu a fração diferenciada

se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

²³ Art. 61, inciso I, Código Penal: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: a reincidência" (Brasil, 1940, n/p).

²⁴ Art. 20, inciso II, Estatuto do Desarmamento: "Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza".

²⁵ Art. 3º, 7. "As Partes velarão para que seus tribunais ou demais autoridades competentes levem em conta a gravidade dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e as circunstâncias especificadas no parágrafo 5 deste Artigo, ao considerar a possibilidade de conceder liberdade antecipada ou liberdade condicional a pessoas que tenham sido condenadas por alguns desses delitos" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

²⁶ Art. 44, *caput*, Lei 11.343/06: Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (Brasil, 2006b, n/p).

de dois terços para o livramento condicional do sentenciado por este delito, vedada a sua concessão aos condenados reincidentes específicos²⁷, o que parece em plena consonância com a convenção internacional em questão.

Deveras, embora, por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tenha entendido pela constitucionalidade da proibição da liberdade provisória, mais recentemente, como não se olvida, a Corte mudou o seu entendimento para reputar inconstitucional a vedação da liberdade provisória, invocando, como fundamento decisório, a proeminência do princípio da presunção de inocência, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.038.925, com repercussão geral reconhecida pelo Tema 959, definindo a seguinte tese: “é inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006”²⁸ (Supremo Tribunal Federal, 2017c).

Neste particular, além das respeitadas críticas tecidas em relação à presente decisão da Suprema Corte no tocante à já sustentada *constitucionalidade* do dispositivo legal em questão, em razão de, como já se expôs alhures, estar em consonância com o mandamento de criminalização estabelecido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, convém acrescentar que o artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/06, é, também, *convencional*, porque em conformidade com a obrigação processual penal positiva de se levar em consideração a gravidade do crime de narcotráfico quando se definir pela *liberdade antecipada* do agente, à luz do que dispõe o artigo 3º, item 7, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1.988.

Assim, pode-se dizer que, se, por um lado, o legislador ordinário brasileiro logrou acatar a obrigação processual penal positiva imposta no artigo 3º, item 7, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1.988, na cabeça e no parágrafo único do artigo 44, da Lei 11.343/06, por outro, o Pretório Excelso, ao decidir pela *inconstitucionalidade* desse dispositivo legal, ignorou os termos do mandamento de criminalização estabelecido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e da obrigação processual penal positiva convencionalmente determinada relativa à liberdade provisória.

²⁷ Art. 44, parágrafo único, Lei 11.343/06: Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (Brasil, 2006b, n/p).

²⁸ A ementa do julgado segue nos seguintes termos: “Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. Tema 959: “Concessão de liberdade provisória a preso em flagrante pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006”. Tese: É inconstitucional a expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. (STF. RE 1038925 RG. Repercussão Geral – Mérito. Tema 959. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 18/08/2017. Publicação: 19/09/2017 (Supremo Tribunal Federal, 2017, n/p).

A segunda obrigação processual penal positiva do tratado internacional em questão, prevista no item 8 do indigitado artigo²⁹, prescreve que a legislação interna de cada país subscritor deva impor um *prazo prescricional* suficientemente *prolongado*, evitando, assim, que uma pessoa que tiver praticado o tráfico de drogas fique impune, pelo mero decurso do tempo.

Nesse sentido, como é cediço, “[...] o prazo da prescrição abstrata regula-se pela pena cominada ao delito, isto é, pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime, segundo a tabela do art. 109 do CP.” (Bitencourt, 2022, p. 2450), impondo-se a avaliação sobre a pena máxima do delito de tráfico de drogas para se aferir se o prazo prescricional se revela razoável.

Validamente, ao cominar a pena máxima abstrata de quinze anos ao delito de tráfico de drogas, capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, o legislador criminal brasileiro estipula em *vinete anos*³⁰ o prazo prescricional para o processamento e a consequente imposição de uma condenação definitiva aos agentes incursores nesse delito, o qual poderá ser reduzido de metade, se o acusado for menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença³¹, o que evidencia conformidade plena com a obrigação processual penal positiva de impor prazos prescricionais razoáveis ordenada internacionalmente.

O próximo item do mesmo artigo³² ordena outra obrigação processual penal positiva, ainda, que os países partes deverão tomar medidas para assegurar que a pessoa acusada de tráfico de drogas compareça ao processo penal correspondente, assegurando a sua participação ativa e efetiva na instrução processual, a qual merece avaliação fracionada em duas partes: o dever de comparecimento ao processo e o dever de participação ativa na instrução processual.

No tocante ao dever de *participação ativa* do acusado na instrução processual, pode-se dizer que essa obrigação processual penal positiva encontra forte resistência no direito brasileiro, notadamente porque, segundo Aury Lopes Júnior (2022b, p. 495),

²⁹ “Art. 3º. 8: “Cada Parte estabelecerá, quando for procedente em seu direito interno, um prazo de prescrição prolongado dentro do qual se possa iniciar o julgamento de qualquer dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo. Tal prazo será maior quando o suposto delinquentes houver eludido a administração da justiça” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

³⁰ Art. 109, inciso I, Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze” (Brasil, 1940, n/p).

³¹ Art. 115, Código Penal: São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos (Brasil, 1940, n/p).

³² Art. 3º. 9: “Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

[...] no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência”, não se podendo impor ao acusado o ônus de colaborar ativamente com a produção da prova criminal.

Nesse diapasão, ensina Aury Lopes Júnior (2022b, p. 219-220):

[...] o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.)”. Ademais, “por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.

De fato, acolhido pela ordem jurídica brasileira o princípio *nemo tenetur se detegere*, “[...] segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.” (Lopes Junior, 2022a, p. 217), tal postulado constitui um obstáculo intransponível à imposição de que o acusado seja obrigado a assumir uma postura *colaborativa ativa* durante a instrução probatória, o que impede a operacionalização na legislação brasileira da obrigação processual penal positiva internacionalmente determinada, mercê da proeminência do princípio constitucional da presunção de inocência.

Lado outro, em relação ao dever convencional de *comparecimento* ao processo, pode-se dizer que o direito processual penal brasileiro estabelece ao acusado, grosso modo, a imposição de algumas *sanções processuais* para estimular que o réu participe pessoalmente da instrução processual, a exemplo da revelia do acusado³³⁻³⁴, com a

³³ Art. 367, CPP: O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo (Brasil, 1941, n/p).

³⁴ Aury Lopes Júnior., a propósito, critica o emprego da expressão “revelia” no processo penal: “O primeiro ponto a ser destacado é que, pela enésima vez, advertimos o leitor da inadequação de analogias com o processo civil em quase todos os casos em que é feita. Logo, deve-se (re)definir algumas categorias nesse tema. No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu – ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente – não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, da sua inércia nenhum prejuízo jurídico-processual pode brotar. Assim, toda carga está nas mãos do acusador. De outro lado, é inegável que existe – por parte do réu – a assunção de riscos decorrentes de sua inércia. Explicamos. Quando surge uma chance (sempre na linha do léxico goldschmidtiano) nas diferentes situações processuais, que podem ser probatórias ou defensivas, não se lhe atribui qualquer carga ou ônus, senão riscos. O não agir probatório do réu (que pode se dar, por exemplo, no exercício do direito de silêncio, recusa em participar de acareações, reconhecimentos etc.) não conduz a nenhum tipo de punição processual ou presunção de culpa. Não existe um dever de agir para o imputado para que se lhe possa punir pela omissão. Inclusive, quando o art. 367 do CPP permite que o processo prossiga sem a presença do réu citado, essa omissão processual gera, apenas, risco. Não se trata de prejuízo processual,

consequente desnecessidade de sua intimação para os próximos atos processuais e a dispensa de seu interrogatório, da revogação da sua liberdade provisória³⁵, da quebra da sua fiança prestada³⁶, assim como do julgamento no Tribunal do Júri à sua revelia³⁷. No caso do tráfico de drogas, aliás, há outra regra específica que estimula o acusado a comparecer aos atos processuais, contida no artigo 63-A, da Lei 11.343/06, que condiciona o conhecimento dos pedidos de *restituição de coisas apreendidas* ao comparecimento pessoal do agente³⁸.

Entretanto, a interpretação mais consonante com o espírito constitucional brasileiro é no sentido de que o comparecimento aos atos processuais, por parte do acusado, é um *direito* – e não um dever processual –, conforme apregoa Aury Lopes Júnior (2022a, p. 1388):

Mas, deve-se compreender, a presença do réu no processo é um direito que lhe assiste e não um dever processual (não é, portanto, carga, senão assunção de risco). Não está o juiz legitimado a praticar qualquer tipo de ato de reprovação, sendo completamente errada a decisão de “decretar a revelia” do réu ausente à instrução, como se isso fosse constitutivo de um novo estado jurídico-processual ou tivesse algum efeito prejudicial ao imputado. O comparecimento ou não do réu na(s) audiência(s) de instrução é uma faculdade da defesa, atendendo aos seus interesses e estratégias probatórias, jamais uma carga processual.

pois não existe uma carga, de modo que não se pode presumir nada em sentido diverso da sua inocência. É completamente diferente do fenômeno do processo civil, em que se operam verdadeiras distribuições de cargas e a decorrente necessidade de liberar-se delas. Com a modificação levada a cabo pela Lei n. 9.271/96, finalmente abandonou-se a “revelia” e os absurdos processos penais sem réu presente (em caso de inatividade processual ficta). Atualmente, não há que se falar em “revelia” no processo penal (ou pelo menos não no sentido próprio do termo, o que significa dizer que a utilização seria sempre imprópria e inadequada), pois a inatividade do réu não conduz a nenhum tipo de sanção processual” (Lopes Júnior, 2022a, p. 1392).’

³⁵ Art. 310, § 1º, CPP: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação (Brasil, 1941, n/p).

³⁶ Art. 341, inciso I, CPP: Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo (Brasil, 1941, n/p).

³⁷ Art. 457, *caput*, CPP: O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado (Brasil, 1941, n/p).

³⁸ Art. 63-A, Lei 11.343/06: Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores (Brasil, 2006b, n/p).

A propósito, a redação originária do Código de Processo Penal, de 1.941, de matriz autoritária³⁹ e inquisitiva⁴⁰, autorizava, em caso de ausência do acusado em seu interrogatório, a determinação de sua *condução coercitiva*, conforme o disposto na cabeça de seu artigo 260, segundo o qual “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

³⁹ Nesse sentido, esclarecem Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro, Alencar Frederico Margraf e Priscila de Oliveira Margraf (2019, n/p): “As grandes evidências do autoritarismo do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), de 1941, já começam pela sua Exposição de Motivos, em que o Ministro Campos apregoa, inicialmente, que “no seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos” (Item II – “A reforma do processo penal vigente”). Como se não bastasse, argumenta Campos, no mesmo item, que “nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”.

⁴⁰ É bem verdade que, nada obstante a origem inquisitiva do Código de Processo Penal brasileiro, as reformas processuais operacionalizadas a partir da nova ordem constitucional, especialmente em 2.008 e em 2.020, tiveram por propósito coadunar a legislação ordinária aos parâmetros do sistema acusatório, conforme se percebe na lição de Cordeiro, Margaf e Margaf (2019, n/p): “Deveras, o legislador ordinário não se mostrou insensível à deflência expansiva dos direitos humanos sobre a ordem jurídica internacional, lançando mão de importantes modificações, particularmente, no Código de Processo Penal (LGL\1941\8), com o propósito de o adequar aos dispositivos constitucionais e convencionais de prestígio aos direitos fundamentais. O protagonismo do juiz na iniciativa probatória, claramente presente na redação original do diploma processual penal, característica do sistema inquisitivo, equivalente, na prática, à atuação substitutiva da função ministerial de demonstrar a veracidade das imputações do *Parquet*, foi, gradativamente, relegado às partes, migrando o magistério à posição de garante, mantendo, assim, sua imparcialidade, necessária à igualdade das partes. Ilustrativamente, de efeito, a Lei 11.690/08 (LGL\2008\2913), ao alterar a redação do artigo 212, do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), fez cessar o inquisitivo sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, em que, primeiramente, o juiz esgotava os questionamentos possíveis e, apenas depois, permitia-se às partes perguntar, para incorporar o sistema do exame direto e cruzado, em que as partes começam a inquirição e esgotam seus questionamentos para, somente então, o magistrado esclarecer pontos duvidosos ao cabo do ato processual, em atuação supletiva. Nada obstante, a própria posição do réu na persecução penal foi sensivelmente modificada nas mais de sete décadas de vigência do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), deixando de ser mero objeto de um procedimento inquisitivo para assumir a condição de sujeito de direitos em um processo acusatório, abandonando-se a ideia de que suas prerrogativas processuais seriam “um mal avisado favorecimento legal aos criminosos”, mencionada na exposição de motivos, para prestigiar o reconhecimento da sacrossantidade de seus direitos fundamentais na investigação criminal e no processo penal. Com efeito, o interrogatório do acusado, originalmente estipulado como o primeiro ato da instrução processual (antiga redação do art. 394, do CPP (LGL\1941\8)), não permitia às partes a realização de reperguntas, consignando, expressamente, que o seu silêncio poderia ser interpretado em desfavor de sua defesa (redação original do art. 186, do CPP (LGL\1941\8)), tendo sido assimilado, por isso, durante décadas, exclusivamente como meio de prova. Ademais, a natureza de meio de prova inicialmente atribuída ao interrogatório pelo Código de Processo Penal (LGL\1941\8) é robustecida pela previsão de condução coercitiva, em caso de ausência do acusado ao ato processual designado, na forma do artigo 260, *caput*, do CPP (LGL\1941\8). A partir da Lei 10.792/03 (LGL\2003\630), que assegurou a entrevista prévia do réu com o defensor antes do interrogatório (art. 185, § 5º, do CPP (LGL\1941\8)), a possibilidade de reperguntas às partes (art. 188, do CPP (LGL\1941\8)) e, em especial, a explícita previsão de que o silêncio não importará em confissão e não será interpretado em prejuízo da defesa (atual redação do art. 186, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8)), todavia, passa o interrogatório a constituir meio de defesa, prestigiando o princípio da ampla defesa, consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (LGL\1988\3), na modalidade autodefesa”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444/DF ⁴¹⁻⁴², afirmou que a expressão “para o interrogatório”, constante do artigo 260, do Código de Processo Penal, não havia sido recepcionada pela Constituição da República,

⁴¹ Eis a ementa do julgado à baila: “1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A Lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. *Contrário sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (Neto, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do imputado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)” (Supremo Tribunal Federal, 2018a, n/p).

⁴² A esse respeito, aduz Aury Lopes Júnior (2022a, p. 1388-1389): “Tendo em vista a estrita relação com a matéria ora abordada, é importante analisar a ‘condução coercitiva’ prevista no art. 260 do CPP. Além de completamente absurda no nível de evolução democrática alcançado, é substancialmente inconstitucional, por violar as garantias da presunção de inocência e do direito de silêncio. Ora, mais do que nunca, é preciso compreender que o estar presente no processo é um direito do acusado, nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo *nemo tenetur se detegere*), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer”.

[...] notadamente por violar os direitos fundamentais à liberdade de locomoção e à presunção de inocência, não se permitindo obrigar o acusado a participar do ato processual (Cordeiro; Margaf; Margaf, 2019, n/p), o que, definitivamente, proscreveu, com efeitos “erga omnes” e eficácia vinculante, a possibilidade de condução coercitiva dos acusados para os sujeitar ao interrogatório no processo penal brasileiro.

Aliás, a partir desse julgado, a decretação de condução coercitiva em face de pessoa investigada de crime passou a ser considerada crime de abuso de autoridade, capitulado no artigo 10, *caput*, da Lei 13.869/2019, punível com reclusão de um a quatro anos e multa⁴³, sepultando, definitivamente, essa providência judicial antigamente aplicável em face dos réus revéis por ocasião de suas ausências à audiência de interrogatório.

Por tais motivos, afirma-se que as obrigações processuais penais positivas relativas ao dever de *comparecimento* ao processo e o dever de *participação ativa* na instrução processual, determinados no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁴⁴, são insuscetíveis de aplicação na ordem jurídico-constitucional brasileira, mercê da sublimidade dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, prestigiando-se o princípio “*pro homine*”.

A penúltima obrigação processual penal positiva prevista no tratado internacional em questão impõe a que cada Estado preveja o *confisco* dos produtos e proveitos do narcotráfico, assim como quanto às drogas, materiais e instrumentos utilizados em sua preparação, conforme estatui o primeiro item do artigo 5º⁴⁵, plenamente atendida pela Lei 11.343/06, que estabeleceu como efeito secundário da condenação o perdimento do produto, bem, direito ou valores do condenado, na forma de seu artigo 63, incisos I e II⁴⁶.

Por derradeiro, a convenção internacional em tela determinou a cooperação jurídica internacional em relação aos países partes, a fim de que prestem auxílio mútuo

⁴³ Art. 10, *caput*, da Lei 13.869/2019: “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. (Brasil, 2019, n/p).

⁴⁴ Art. 3º, 9: “Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁵ Art. 5º, 1: “Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto; b) de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, das matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁶ Art. 63, Lei 11.343/06: “Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62”. (Brasil, 2006b, n/p).

na investigação e nos julgamentos de ações penais envolvendo o tráfico de drogas⁴⁷, o que também foi satisfeito pela Lei 11.343/06, em seu artigo 65⁴⁸.

Portanto, à exceção das obrigações processuais penais positivas concernentes ao dever de *comparecimento* ao processo e o dever de *participação ativa* na instrução processual, estipuladas no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁴⁹, inaplicáveis na ordem jurídico-constitucional pátria, mercê da proeminência dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, todas as demais se encontram satisfeitas pela legislação criminal brasileira.

4. O regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas

A República Federativa do Brasil, como já se aduziu alhures, olvidou-se da ordem expressa de impor a pena máxima permitida pelas leis internas, caso o condenado seja reincidente pela prática do tráfico de drogas, ignorando o dever de punir mais severamente os agentes já envolvidos com a narcotraficância, relegando tal situação à simples majoração, normalmente de sexta parte, na segunda fase da dosimetria da pena, em razão da agravante genérica da reincidência. No tocante às obrigações processuais penais positivas, à exceção do dever de comparecimento ao processo e do dever de participação ativa na instrução processual, estipuladas no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, inaplicáveis na ordem jurídico-constitucional pátria, mercê da proeminência dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, prestigiando o princípio *pro homine*, todas as demais se encontram satisfeitas pela legislação criminal brasileira.

⁴⁷ Art. 10. 1: “As Partes cooperação diretamente ou por meio das organizações internacionais ou regionais competentes, para prestar assistência e apoio aos Estados de trânsito e, em particular, aos países em desenvolvimento que necessitem da assistência e do apoio em questão, na medida do possível, mediante programas de cooperação técnica para impedir a entrada e o trânsito ilícito, assim como para outras atividades conexas” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁸ Art. 65, Lei 11.343/06: “De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de: I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos; III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos” (Brasil, 2006b, n/p).

⁴⁹ Art. 3º. 9: “Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

O único mandamento de criminalização ignorado pela ordem jurídica brasileira relacionado ao tráfico de drogas está previsto no artigo 3º, § 5º, alínea “h”, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), inserida ao arcabouço normativo brasileiro pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, o qual determina a imposição de *pena máxima permitida* pelas leis internas, caso o condenado por *tráfico de drogas* seja *reincidente*⁵⁰.

Embora a convenção à baila preveja que os Estados subscritores fornecerão informações à Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, por intermédio do Secretário-Geral da ONU, a respeito do funcionamento daquele tratado internacional, especialmente sobre a produção interna de textos das leis nacionais para dar efeito ao documento internacional⁵¹, é imperioso avaliar quais sanções concretas poderão ser impostas aos países que, intencionalmente, ignorarem as prescrições internacionais em sua legislação doméstica.

Ora, de posse da informação de que um país subscritor se olvidou de implantar uma disposição da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, atribui-se à Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas tão somente a competência de fazer sugestões e recomendações de caráter geral com base no exame das informações recebidas das Partes⁵², sem a possibilidade de se exigir, coercitivamente, do Estado-membro a efetiva concretização da disposição convencional ignorada.

O cenário em questão se agrava ao se constatar que a República Federativa do Brasil, a par de não se sujeitar à competência da Corte Internacional de Justiça⁵³,

⁵⁰ Artigo 3º, § 5º, alínea “h”: As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: condenação prévia, particularmente se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵¹ Artigo 20, 1, “a”: As Partes fornecerão, por intermédio do Secretário Geral, informação à comissão sobre funcionamento desta Convenção em seus territórios e, em particular: textos das leis e regulamentos promulgados para dar efeito à Convenção (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵² Artigo 21, 1, “b”: “A Comissão está autorizada a considerar quaisquer questões relacionadas com os objetivos desta Convenção e, em particular: a Comissão poderá fazer sugestões e recomendações de caráter geral com base no exame das informações recebidas das Partes” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵³ Sobre o histórico e a conjuntura da insujeição da República Federativa do Brasil à Corte Internacional de Justiça, aduzem Juliette Robichez e André Lamartin Montes (2016, n/p): “em 1945, quando o Brasil ratificou o Estatuto da CIJ, aderiu à cláusula de jurisdição obrigatória sob uma reserva temporal. A adesão seria válida somente por um exíguo espaço de tempo, depois do qual teria que ser renovada através de nova declaração. Infelizmente, isso não foi feito após 1948, quando a declaração original perdeu sua eficácia. Desde então, o país tem reiteradamente se recusado a aderir à cláusula de jurisdição obrigatória. O mais surpreendente de tudo isso é que a cláusula em tela foi concebida justamente pela delegação brasileira durante a elaboração do Estatuto da Corte. Durante a fase inicial de criação, o intuito era que a sua jurisdição fosse compulsória para todos os países que ratificassem seu tratado constitutivo. Dessa forma, quando um país membro da ONU levasse outro à Corte, ele já saberia que a outra parte havia aceitado a jurisdição contenciosa do tribunal. Todavia, a adoção dessa proposta encontrou forte resistência por parte das grandes potências que preferiam um sistema de aceitação de competência caso a caso, similar àquele empregado na arbitragem internacional, no qual ambos os países devem dar seu consentimento mútuo cada vez que firmarem o compromisso arbitral. A delegação brasileira liderada por Raul Fernandes propôs então um meio termo. Para os países reticentes a aceitarem a competência compulsória da Corte, ela poderia ser determinada caso a caso, sempre contando com a anuência prévia das partes, como ocorre

não poderia ser responsabilizado por este órgão jurisdicional por uma violação de um compromisso internacional integrante do sistema *onusiano* praticada pelo país, por negligenciar a conformação de sua legislação doméstica à ordem internacional, possa ser objeto de condenação internacional por aquele Tribunal, visto que somente é possível que um país demande o outro, sem que pessoas naturais possam ser partes em sua jurisdição⁵⁴.

Não há, portanto, ao longo da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – ou, mesmo, em outro documento internacional do sistema global –, uma sanção internacional concreta a ser imposta em face dos países que se olvidarem de implementar um de seus dispositivos convencionais, senão a possibilidade de meros apontamentos, por parte da Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, sem caráter condenatório e vinculante.

Conclusão

A análise empreendida neste artigo revela um panorama complexo e desafiador em relação ao cumprimento da legislação criminal brasileira frente aos mandamentos de criminalização e às obrigações processuais penais positivas determinadas nos tratados internacionais antidrogas. Apesar dos avanços significativos, ainda existem lacunas e desafios que necessitam de atenção e correção para assegurar plena conformidade com os compromissos internacionais e, assim, promover uma efetiva proteção dos direitos humanos e a segurança global.

No tocante aos mandamentos de criminalização, o estudo evidenciou que a legislação brasileira, especialmente a Lei 11.343/2006, em grande medida, acatou os comandos internacionais. A tipificação do tráfico de drogas e de suas diversas modalidades, incluindo a produção, fabricação, distribuição, posse e cultivo, está alinhada com as exigências das convenções internacionais, como a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Todavia, destaca-se a falha em relação à imposição de penas mais severas para reincidentes, uma determinação expressa nos tratados internacionais e negligenciada pelo legislador brasileiro.

Para superar essa lacuna, propõe-se a revisão legislativa para incorporar a previsão de penas mais rigorosas para reincidentes específicos no tráfico de drogas, seguindo o exemplo do Estatuto do Desarmamento, que já adota essa abordagem. Tal medida não apenas alinha a legislação interna às convenções internacionais,

com a arbitragem internacional. Já para os países que quisessem aceitar a competência contenciosa da Corte, isso poderia ser feito por meio da cláusula de jurisdição obrigatória.

⁵⁴ Artigo 36. 2. “c”. “Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

mas também fortalece a resposta penal contra a narcotraficância, desestimulando a reincidência e reforçando a segurança jurídica.

Em relação às obrigações processuais penais positivas, a análise demonstrou que, apesar de a legislação brasileira atender a várias dessas obrigações, como a proibição da liberdade provisória e a imposição de penas proporcionais, há áreas de resistência, especialmente no que diz respeito à obrigatoriedade de comparecimento ao processo e à participação ativa do acusado na instrução processual. A interpretação constitucional brasileira, embasada nos princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, constitui um obstáculo para a plena implementação dessas obrigações.

Diante dessa problemática, uma segunda proposta envolve a promoção de uma interpretação mais flexível e contextualizada das obrigações processuais penais positivas, buscando harmonizar a proteção dos direitos fundamentais com a necessidade de efetiva persecução penal. Isso poderia ser alcançado por meio de reformas processuais que incentivem, sem coagir, a participação do acusado no processo, mediante mecanismos que assegurem garantias e contrapartidas, respeitando os direitos fundamentais.

A ausência de sanções coercitivas robustas para o descumprimento das obrigações internacionais é outro ponto crítico identificado. A falta de mecanismos eficazes para exigir a conformidade dos Estados às disposições dos tratados limita a eficácia dos mesmos e, conseqüentemente, compromete a luta global contra o tráfico de drogas. A terceira proposta, portanto, sugere a revisão e fortalecimento dos mecanismos de sanção e monitoramento no âmbito internacional. A Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas poderia desempenhar um papel mais ativo e assertivo, emitindo não apenas recomendações, mas também relatórios públicos que exponham os países que não cumprem suas obrigações, gerando pressão diplomática e política para a conformidade.

Além disso, incentivar a adesão do Brasil à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça para casos de descumprimento de tratados antidrogas poderia reforçar a responsabilização internacional e garantir que os compromissos assumidos sejam efetivamente cumpridos. Embora a resistência à jurisdição internacional seja uma questão sensível, a adesão a esses mecanismos fortaleceria a posição do Brasil no cenário global e demonstraria um compromisso sério com a ordem internacional e os direitos humanos.

Em síntese, o cumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas exige uma abordagem multifacetada, que inclua reformas legislativas internas, interpretações jurídicas mais flexíveis e harmonizadas com os direitos humanos, e o fortalecimento dos mecanismos internacionais de monitoramento e sanção. Somente assim será possível assegurar que a legislação brasileira esteja plenamente alinhada com os tratados internacionais antidrogas, promovendo uma resposta penal eficaz e justa contra o tráfico de drogas, e contribuindo para a segurança e a justiça global.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Brasília, DF, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. E-book.

_____. *Fundamentos do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. E-book.

MONTAGNA, Mariangela. *I diritti minimi della vittima*. In: GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo penale*. Napoli: Dike, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170. Acesso em: 27 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos Humanos*, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

ROBICHEZ, Juliette; MONTES, André Lamartin A Corte Internacional de Justiça e o Brasil: uma necessária reconciliação. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Bogotá, v. 9, p. 51-80, 2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.02>. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429552773002/html/index.html>. Acesso em: 27 ago. 2021.

A obrigatória participação do Ministério Público em todas as fases do processo de recuperação judicial de empresas¹

Jorge Lobo*

“L’entreprise n’est ni un objet, ni un sujet de droit. Elle ne peut entrer dans le droit de cette manière. Elle transcende le droit et les classifications juridiques. Elle est d’essence économique e sociale”. (Paillusseau)

Sumário

I - Ministério Público, órgão do Estado, guardião da ordem jurídica e do interesse público e social. II - O veto ao art. 4º da LFRE. A - O artigo 4º da LFRE. B - A doutrina: opiniões contrárias à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial. C - A jurisprudência do STJ contrária à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial. D - A doutrina após a revisão da LFRE contrária à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial. III - O Ministério Público à luz da CF, da LOMP e do CPC. IV - Releitura das “razões do veto”. A - Considerações preliminares. B - O veto presidencial não se adéqua do disposto no art. 66, § 1º, da CF. C - As “razões do veto”. a) O veto trata exclusivamente da falência. b) O MP poderá requerer a sua intimação para os demais atos do processo de recuperação judicial de empresas. c) A atuação do MP ocorrerá passo a passo ao andamento do feito. d) Os arts. 82 e 83 do CPC/73 são idênticos, no essencial, aos arts. 178 e 179 do CPC/15. V - O interesse público e social no processo de recuperação de empresas. VI - Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial de empresas. Baseado na Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE), o trabalho discute as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a atuação do Ministério Público quanto à necessidade de sua participação em todas as fases do processo de recuperação judicial de empresas.

¹ Artigo em homenagem ao mestre de várias gerações de professores, advogados e membros do MP e da magistratura, brilhante conferencista, aclamado parecerista e jurista emérito, Prof. Dr. FÁBIO ULHOA COELHO, com o apreço e a admiração do Autor.

* Doutor em Direito Comercial pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ. Procurador de Justiça (aposentado) do MPRJ. Livre-docente em Direito Comercial da UERJ. Advogado.

Abstract

This article aims to analyze the participation of the Public Prosecutor's Office in the judicial recovery process of companies. Based on the Bankruptcy and Judicial Recovery Law (LFRE), the paper addresses the conflict of authority in both doctrinal and jurisprudential perspectives regarding the necessity of the Public Prosecutor's Office's involvement in all stages of the judicial recovery process.

Palavras-chave: Ministério Público. Recuperação judicial. Conflito doutrinário e Jurisprudencial. Interesse público.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Reorganization. Conflict of authority. Public interest.*

I - Ministério Público, órgão do Estado, guardião da ordem jurídica e do interesse público e social

O Ministério Público, instituição permanente, independente e autônoma, essencial à função jurisdicional do Estado, tem o poder-dever de participar de todas as fases do processo de recuperação judicial de empresas no exercício de sua missão institucional, constitucional e legal de fiel escudeiro da ordem jurídica e do interesse público e social, conforme dispõem a CF, art. 127, *caput*²; a Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP), arts. 1º; 26, II e VIII, e 41, VII³; a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (LFRE), art. 52, V⁴, e o CPC, de 2.015, arts. 176; 178, I, e 179⁵.

² "Art. 127. 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."

³ "Art. 1º 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."

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: (...)

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie; (...)

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;"

"Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...)

VII - examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;"

⁴ "Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...)

V - ordenará a intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, a fim de que tomem conhecimento da recuperação judicial e informem eventuais créditos perante o devedor, para divulgação aos demais interessados." (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

⁵ "Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis."

"Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social;"

Não é, entretanto, o entendimento do STJ e de estudiosos da matéria, consoante se verifica da minuciosa pesquisa e alentado artigo *“Participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial – O Ministério Público e a Recuperação Judicial. Uma visão diante do regime da Lei nº 11.101, de 09/02/2005”*, da lavra da Juíza Titular da 5ª. Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro, Dra. Maria da Penha Nobre Mauro⁶.

São duas as principais objeções ao trabalho do MP na recuperação judicial:

(1º) o veto ao art. 4º do Projeto de Lei nº 4.376, de 1.993, teria por finalidade limitar a atuação do *Parquet* aos atos processuais expressamente previstos em lei e

(2º) a CF autorizaria a intervenção do MP somente quando houver nítido interesse público.

Sem *esprit de corps*, esmiucei, meticulosamente e com independência intelectual, as alegações nas quais ministros e autores alicerçam suas respeitáveis opiniões, sobrelevando notar que a maioria, não identificada neste texto, não alinha fundamentos, apenas faz puras e simples afirmações, que não encontram supedâneo nem na CF, nem na LOMP, nem no CPC, nem na LFRE; nem nas *“razões do veto”*; nem no amplíssimo conceito de interesse público⁷; nem na atuação responsável, criteriosa e eficiente do MP sempre que emite parecer e requer, em sua relevantíssima função de *“custos legis”*⁸, nos autos do processo de recuperação judicial de empresas.

Ao final, concluí:

(1º) o veto ao art. 4º não elimina a obrigatoriedade da participação do MP nos processos de recuperação judicial de empresas e

(2º) na recuperação judicial, há uma multiplicidade de interesses públicos e sociais, mas, sem dúvida, interesses materiais e direitos patrimoniais em jogo, que

⁶ Art. 179. Nos casos de intervenção como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.”

⁷ Acesso pelo link: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/participacao-mp-processo.pdf>, doravante referido por “art. cit.”, do qual me valerei amiúde.

⁸ Interesse público é um conceito jurídico indeterminado, uma cláusula aberta; um conceito abstrato, fluido, cambiante, sinônimo de interesse social, de interesse comum, diferente em função do tempo e do espaço etc.

O Promotor de Justiça Márcio Souza Guimarães, em sua obra, *“A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas”*, Forense, 2006, págs. 31 a 63, sustenta a *“necessidade de intervenção do Parquet em todos os passos do processo de falência e de recuperação judicial, nada obstante o veto presidencial ao artigo 4º”* (“art. cit.”, pág. 9). O Promotor de Justiça Mario Moraes Marques Júnior, no artigo *“O Ministério Público na nova Lei de Falências”*, disponível em jus.com.br, destaca: *“Assim, a intenção do legislador foi a de manter inalterada a intervenção do Ministério Público, através das Promotorias de Massas Falidas, exercendo a importante função de custos legis, fiscalizando o cumprimento da lei falimentar em todos os momentos processuais importantes, seja no processo de recuperação judicial, seja no processo de falência.”*.

demandam a fiscalização contínua e incessante do MP do limiar ao fim do processo, consoante resta claro do quadro sinóptico do item V *infra*⁹.

II - O veto ao art. 4º da LFRE

A - O artigo 4º da LFRE

O art. 4º estatua:

Art. 4º O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.

B - A doutrina: opiniões contrárias à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial

Newton de Lucca leciona: *“(...) em razão do veto presidencial, revelou-se de todo conveniente (reduzir a atuação do MP). É que o andamento célere do processo, de um lado, e a natureza predominantemente privada dos interesses em conflito, de outro lado, recomendavam a oitiva do Ministério Público somente nos casos expressamente previstos em lei e naqueles em que houver relevante interesse público.”* (Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências, São Paulo, 2005, ed. Quartier Latin, pág. 101)¹⁰.

Mário Sérgio Milani reproduz o pensamento de Newton de Lucca:

Verifica-se, dessarte, que o elenco – não obstante o veto presidencial (...) – continua bastante extenso. Como já tive oportunidade de destacar anteriormente (...), talvez devesse ser lembrada, um pouco mais, aquela lição de Carvalho de Mendonça, para quem, em rigor, a intervenção do Ministério Público deveria limitar-se à parte penal da falência! Não me atreveria a chegar a tanto, por certo, mas já me satisfaria se o Ministério Público se ativesse ao balizamento constitucional dado pelo *caput* do artigo 127 – já de amplíssimo espectro –, isto é, “a defesa da ordem pública do regime

⁹ Não há, na falência, interesse público ou social digno de proteção, mas, exclusivamente, dívidas pecuniárias, praticamente impagáveis, e interesses, visceralmente antagônicos, do devedor e de seus credores e o veto teve por finalidade única e exclusiva reduzir a atividade do MP no processo falimentar, jamais no de recuperação judicial, tema a ser desenvolvido em outro artigo, oportunamente.

¹⁰ Art. cit., p. 6.

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". ("Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada", Malheiros, 2011, p. 75)¹¹.

O Ministro Luis Felipe Salomão assevera:

O artigo 4º, que foi vetado pelo Presidente da República, mandava que houvesse intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação e de falência, em todas as situações. A justificativa do veto foi a de que o Ministério Público já participa do processo, por força de vários dispositivos legais que determinam sua intimação. Houve uma significativa diminuição da intervenção do Ministério Público. Antes de se deferir a recuperação, por exemplo, não participa o Ministério Público. Antes da decretação da falência, também não. Praticamente a função precípua do Ministério Público é fiscalizar a execução do plano de recuperação e a sua eficácia (idem com relação à falência), em segundo lugar a alienação do ativo, e em terceiro lugar, grosso modo, a função precípua da persecução criminal. Fora dessas hipóteses, não se vislumbra legítima a intervenção do Ministério Público, seja para recurso ou para requerimento nos autos da Recuperação e da Falência. ("A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas", coord. Paulo Penalva Santos, Forense, 2006, p. 195)¹²

Manoel Justino Bezerra Filho leciona:

É verdade que o veto concede ao juiz um poder de direção maior no processamento das ações, não sendo obrigado a necessariamente remeter os autos ao Ministério Público. Até porque – e nesse ponto a crítica era procedente – a constante remessa dos autos ao Ministério Público era motivo de maior atraso no andamento do feito.¹³

C - A jurisprudência do STJ contrária à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial

No Recurso Especial nº 994.942 – DF (2007/0236789-2), Rel. Min. Nancy Andrighi, tendo como precedentes o REsp. nº 996.264/DF, o REsp. nº 996.264/DF e o REsp. nº 867.128/SP, foi decidido:

¹¹ Art. cit., p. 6/7.

¹² Art. cit., p. 8.

¹³ Art. cit., p. 7/8.

I - A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05) não exige a atuação geral e obrigatória do Ministério Público na fase pré-falimentar, determinando a sua intervenção apenas nas hipóteses que enumera, tendo-se em conta os interesses patrimoniais e disponíveis das partes; II - O veto ao artigo 4º da Lei nº 11.101/05, que previa a intervenção do Ministério Público no processo falimentar de forma genérica, indica o sentido legal de reservar a atuação da Instituição apenas para momento posterior ao decreto de falência.¹⁴

O citado artigo aduz:

Do Portal do Superior Tribunal da Justiça datado de 18/12/2011, fls. 2, podemos extrair estas informações que bem denotam a consideração da Corte sobre o assunto: “Com o advento da Lei 11.101, houve sensível alteração desse panorama – referência ao DL 7.661 –, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha assoberbando o órgão e embarçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o artigo 4º da Nova Lei de Falências, que mantinha a essência do artigo 210 do DL 7.661, ficando a atuação do Ministério Público restrita às hipóteses expressamente previstas em lei”¹⁵.

D - A doutrina após a revisão da LFRE contrária à participação do MP na recuperação judicial de empresas com base no veto presidencial

Daniel Carnio Costa expõe:

A lei 11.101/2005, art. 4º, previa a intervenção do Ministério Público em todas as fases dos processos falimentares ou recuperacionais, assim como em todas as medidas judiciais em que a massa falida fosse parte, de forma passiva ou ativa. Os Ministérios da Justiça e da Fazenda manifestaram-se pelo veto do artigo, que, de fato, restou vetado pelo Presidente da República à época.

Nas razões do veto, foi bem observado que o dispositivo se tratava de uma reprodução dos mandamentos do Dec. Lei 7.661/1945, art. 210, no que concerne ao parágrafo único do vetado art. 4º.

¹⁴ Art. cit., p. 10/11.

¹⁵ Art. cit., p. 14/15.

A função institucional do Ministério Público, como o próprio nome diz, é a de resguardar o interesse público. Portanto, justifica-se o veto considerando que a sua intervenção em todas as ações e fases processuais, além de não ser necessária, apenas atrasaria os processos e sobrecarregaria o Ministério Público, prejudicando a sua verdadeira função institucional.

A celeridade é um princípio que orienta a Lei 11.101/2005, bem como os princípios da eficiência e de duração razoável do processo, que estão previstos no CPC/2015, arts. 4º, 6º e 8º. Portanto, foi acertado o veto ao art. 4º desta Lei, conduzindo a um processo mais ágil e eficiente, que beneficia todo o sistema de insolvência.¹⁶

III - O Ministério Público à luz da CF, da LOMP e do CPC

Meditei sobre as *“razões do veto”* (e não apenas sobre supostos efeitos do *“veto”*), para apreendê-lo e repesá-lo, miudeá-lo e confrontá-lo com as regras constitucionais e legais que disciplinam o exercício das funções, atribuições e poderes e o cumprimento dos deveres do representante do Ministério Público na *“defesa da ordem jurídica”* (CF, art. 127, *caput*), que sempre deve ser *“intimado (...) para intervir como fiscal da ordem jurídica (...) nos processos que envolvam: interesse público ou social”* (CPC, art. 178, *caput*, e I) e sempre deve atuar quando *“entender existente interesse em causa que justifique a sua intervenção”* (LOMP, art. 26, VIII), sendo-lhe facultado *“examinar, em qualquer juízo, autos de processos findos ou em andamento”* (LOMP, art. 41, VII), por se tratar de *“prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função”* (LOMP, art. 41, *caput*), para, ao final, inferir que a finalidade do veto não foi, em hipótese alguma, coarctar a participação, a atuação, a intervenção, o ofício do *Parquet* no processo de recuperação judicial de empresas.

Se não, vejamos, a partir das *“razões do veto”*.

IV - Releitura das *“razões do veto”*

A - Considerações preliminares

Durante décadas, juristas de nomeada e especialistas em direito da insolvência, praticamente desde a edição da revogada Lei de Falências e de Concordatas, empenharam-se, com determinação e paciência (a elaboração de leis – da fase preliminar de imaginar as linhas mestras do anteprojeto até a votação final no Plenário do Congresso Nacional – é extremamente demorada e extenuante e, as mais das vezes, frustrante), na reforma do Decreto-lei nº 7.661, de 1.945, e, a partir de 1.993,

¹⁶ COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 2. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2021. 60-61 p. ISBN 9786556056487.

na incorporação, ao direito positivo brasileiro, do instituto da reorganização ou recuperação judicial e extrajudicial de empresas, sem, contudo, jamais se questionar a intervenção do MP, tanto no processo de falência, quanto no de recuperação judicial.

Ao fim e ao cabo, capitaneados pelo falecido Deputado Oswaldo Biolchi, lograram a aprovação do Projeto de Lei nº 4.376, de 1.993, que se converteu na LFRE.

Ao longo das discussões do Projeto de Lei – e dos Anteprojeto que o antecederam – e de sua tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o vetado artigo 4º foi lido e relido vezes sem conta e treslido à exaustão, nunca, todavia, censurado, no todo ou em parte, seja pelos profissionais do direito, seja pela academia, ou pleiteada a sua modificação pelos legisladores, pois, todos estavam convencidos (caso contrário teriam proposto a sua alteração ou supressão) da necessidade de evidenciar, logo no começo da sistematização da matéria, a imprescindibilidade do *Parquet* na recuperação judicial de empresas (embora redundante devido às normas imperativas da CF, da LOMP e do CPC).

Para prevenir descentendimentos, polêmicas e litígios quanto à obrigatoriedade da oitiva do MP desde o início do processo até o seu desfecho, o legislador deixou claríssimo, no art. 52, V, da LFRE, em uma linguagem contundente, que o juiz, ao deferir “(...) o processamento da recuperação judicial (...) no mesmo ato (...) ordenará a intimação eletrônica do Ministério Público”¹⁷.

No entanto, o presidente da República, no exíguo prazo de que dispunha, alheio aos ingentes esforços de inúmeros expertos, que contribuíram, desde a primeira hora (em inglês, dá-se maior ênfase: “*from the very beginning*”), para o aprimoramento da lei, houve por bem, na Mensagem nº 59, de 09.01.2.005, vetar o artigo 4º, atendendo a manifestações dos Ministério da Justiça e da Fazenda¹⁸ (o que eles temiam, ou perderiam, com a colaboração diligente e conscienciosa do “fiscal (da escorreita aplicação) da lei”, defensor da ordem jurídica, protetor do interesse público e patrono dos direitos sociais?)

É consabido que é mínima a colaboração do Poder Executivo na concepção da lei e ocorre a pretexto de estimular a harmonia e a boa convivência entre os poderes, dividindo-se o processo de produção da lei em três etapas: uma, a cargo do Poder Legislativo; duas, do Executivo: na primeira, indiscutivelmente a mais importante, há a apresentação, debates e votação do projeto de lei numa das casas e revisão na outra (se houver emenda, o projeto volta à primeira, para que se manifeste sobre a emenda,

¹⁷ A Lei nº 14.112, de 2.020, apenas acrescentou o vocábulo “eletrônica” ao inciso V, talvez em resposta à crítica (infundada) de que o chamamento do MP retardaria o andamento e a conclusão do feito.

¹⁸ Após consulta aos autos do processo legislativo do Projeto de Lei nº 4.376, de 1.993, não foram encontradas as manifestações dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, que fundamentaram o veto ao art. 4º, segundo minuciosa pesquisa realizada pelo Dr. Antonio de Faria Guimarães, estimado colega de Escritório. Ademais, através de consulta à Câmara dos Deputados foi esclarecido que “os ministros não se manifestaram no âmbito do processo legislativo e sim para o Presidente da República” e que “as informações referentes aos motivos dos vetos foram apresentadas ao Presidente pelos Ministros não estão contempladas em nossas bases de dados”, portanto, não foram enviadas ao Poder Legislativo, o que me parece inapropriado, porque o veto faz parte do processo de elaboração das leis e tudo sobre ele deveria ser tornado público.

aprovando-a ou não), e, após a votação final, o projeto vai à sanção; na segunda, referente à sanção, a lei está completa; na terceira, a lei é promulgada e publicada: na primeira, cuida-se da existência da lei; na segunda, de sua obrigatoriedade; na terceira, de sua divulgação, para que seja respeitada e cumprida.

B - O veto presidencial não se adéqua do disposto no art. 66, § 1º, da CF

Quem sustenta que o MP praticamente não participa da recuperação judicial de empresas atribui demasiado valor ao veto presidencial, não obstante o veto não se encaixe na moldura do § 1º, do art. 66, da CF, porquanto, com absoluta certeza, o artigo 4º nem era “inconstitucional”, nem, tampouco, “contrário ao interesse público”, únicas hipóteses em que projetos de lei podem ser, no todo ou em parte, vetados.

C - As “razões do veto”

a) O veto trata exclusivamente da falência

As “razões do veto”, em seu primeiro parágrafo, refere-se, exclusivamente, ao “(...) processo de falência (...)” e a “(...) todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais (...)”.

Confira-se:

O dispositivo (art. 4º) reproduz a atual Lei de Falências - Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *Parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional (...)

Anote-se, de pronto, que os fundamentos do veto, todos, sem exceção, dizem respeito à falência e, para que não sobreviessem dúvidas ou jorrassem controvérsias, a presidência da República enumera as ações (do Dec. 7.661, de 1.945) que, supostamente, alargam em demasia a atuação do *Parquet* no processo de quebra, “(...) sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional (...)”, restando patente que o veto, se quisesse, de fato, amordaçar, frear, tolher a voz do MP na recuperação judicial, o teria declarado expressamente.

Além disso, o veto não poderia ter como consequência ceifar a oitiva do MP na recuperação de empresas, pois, se o fizesse, geraria um conflito com a norma cogente do art. 52, V, da LFRE, que impõe, ao juiz, repita-se, na decisão que defere o processamento da recuperação judicial, o dever de ordenar a intimação do MP.

Indaga-se: por que o juiz é obrigado a ordenar a intimação do MP? Para que ordenar a intimação do MP?

Porque o representante do MP, no desempenho de sua alta, nobre e relevante missão de “*custos legis*”, guardião da ordem jurídica e do interesse público e social, tem o poder-dever de fiscalizar a tramitação do processo com o escopo (o para quê) de monitorar atos e omissões, lícitos e ilícitos, culposos e dolosos, do devedor, dos credores, do administrador judicial, do comitê de credores, da assembleia geral e, até mesmo, do juiz, eis que não há subordinação do membro do MP ao magistrado, assim como subordinação não existe entre advogado e juiz.

Por derradeiro, se a presidência da República quisesse verdadeiramente inibir, impedir, proibir, a intervenção do MP em todos os atos do processo de recuperação teria vetado, também, o inc. V, do art. 52, da LFRE.

b) O MP poderá requerer a sua intimação para os demais atos do processo de recuperação judicial de empresas

No terceiro parágrafo, está dito: “(...) o Ministério Público ... *poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível*”, utilizando-se, por conseguinte, da redação da LOMP, art. 26, VIII, fato que dispensa comentários.

c) A atuação do MP ocorrerá passo a passo ao andamento do feito

A seguir, o veto proclama: “(...) *Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito.*”

Ao garantir que a atuação do MP “*ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito*”, o veto seguiu a trilha do inc. VIII, do art. 26, da LOMP, que, relembre-se, reza: “Art. 26: *No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a sua intervenção.*”

Só há uma inteligência possível para a peremptória assertiva do veto, segundo a qual o Ministério Público, intimado do deferimento do processamento da recuperação judicial, atuará *pari passu* ao andamento do feito, vale dizer, atuará “simultaneamente” ao andamento do feito, “ao mesmo tempo” do andamento do feito, “lado a lado” ao andamento do feito, portanto, “acompanhará de perto” o andamento do feito etc.!

E, mais: ao asseverar que deve ficar “*claro*” que o MP atuará em todos os momentos e fases do processo de recuperação de empresas, o veto responde aos que opinam que o processo é de natureza predominantemente privada; não há necessidade da presença do MP, eis que o Estado não participa dos procedimentos concursais; a favor de quem interfere o MP: do devedor? Dos credores? A função do MP é fiscalizar a execução do plano de recuperação e a sua eficácia; a sua função precípua está na persecução penal etc.

E, ainda: contradiz os que apregoam que o processo de recuperação judicial de empresas tem por escopo exclusivamente relações privadas de índole patrimonial, especialmente pecuniárias, estabelecidas, entre a empresa em crise e seus credores, em igualdade de condições, em um negócio bilateral e comutativo, incumbindo a cada uma delas defender seus direitos e interesses da maneira que melhor lhes aprouver em juízo ou fora dele.

Em verdade, a LFRE visa salvaguardar a frutífera interação e sólidos compromissos entre diversos atores e parceiros, atentos e preocupados com a preservação e desenvolvimento da empresa, aliás, como no “*redressement*” francês, a nossa lei não opõe capital ao trabalho e os vínculos de várias natureza e espécies da empresa em dificuldades econômico-financeiras não se circunscrevem a trabalhadores e demais credores.

É o que pontifica Daniel Tricot, Conselheiro da Corte de Cassação e Professor da Faculdade de Direito de Dijon, ao teorizar sobre o direito gaulês: “*L’entreprise en continuation de la loi du 25 janvier 1985 n’est jamais une organisation opposant le capital au travail: elle est le fruit d’un compromis entre ses divers acteurs et partenaires, soucieux de sa survie et de son développement*”¹⁹.

E o que explicam com inúmeros práticos exemplos Maria Jesús Segovia Vargas e Maria del Mar Camacho Miñano:

Cuando una empresa se encuentra en situaciones de insolvencia financiera, presente o inminente, son muchos los agentes implicados que pueden verse perjudicados: los directivos de la empresa, sus trabajadores, los clientes presentes os futuros, sus proveedores, las entidades financieras, los organismos públicos recaudatorios (Seguridad Social y Hacienda, entre otros), y la sociedad en general. Para que esa circunstancia de insolvencia pueda ser superada, o resuelta, en la mayoría de los países del mundo se establecen mecanismos legales de resolución. Sin embargo, el tipo de regulación concursal que se establezca en un país no es una decisión neutral. Hay estudios económicos que justifican como las leyes sobre la insolvencia de empresas puede condicionar el desarrollo del emprendimiento en un país (Lee et al., 2011), el crecimiento económico nacional (Laporta et al., 1998), la estabilidad económica (Beraho, 2010) e incluso el desarrollo de los mercados de valores (Levine, 1998). De hecho, también se demuestra empíricamente cómo una ley concursal u otra pueden incentivar o desincentivar las inversiones extranjeras en un país (Pindado et al.,

¹⁹ LEBEL, Christine. *L’élaboration du plan de continuation de l’entreprise en redressement judiciaire*. Avant-propos. France: PU Aix-Marseille, 2000. 7 p. ISBN 2731402105.

2008). *De ahí que sea de vital importancia un adecuado desarrollo de la normativa sobre insolvencias en nuestro país.*²⁰

Em suma: o processo de recuperação judicial trata, diretamente, dos direitos do devedor e dos seus credores; indiretamente, mas, com igual esmero, zela pelos interesses da economia nacional e da comunidade (meio ambiente, biodiversidade, ecossistema, que gerou a “responsabilidade social da empresa”, tema hoje em voga) e vela pelo interesse público e social da reorganização, saneamento, conservação e desenvolvimento da empresa, em virtude de a empresa ser um centro de múltiplos interesses, conforme, reitero, resta inquestionável do quadro sinóptico do item V infra e diligencio demonstrar ao tratar do interesse público nos processos de recuperação judicial de empresas.

d) Os arts. 82 e 83 do CPC/73 são idênticos, no essencial, aos arts. 178 e 179 do CPC/15

Invocando os arts. 82 e 83 do CPC/73, idênticos, no essencial, aos arts. 178 e 179 do CPC/15, o veto conclui:

Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais preveem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.

Ao sublinhar que o *Parquet* pode (e deve) intervir, “*rectius*”, opinar, pleitear, recorrer, “*em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito*” no pleno e imposterável exercício de sua função de “*custos legis*”, o veto antecipou-se ao CPC em vigor, que, no art. 178, I, estabelece: “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social”, consoante, repise-se, expressa e categoricamente prevê a LOMP.

V - O interesse público e social no processo de recuperação de empresas

A maioria alega que o MP só deve intervir no processo de recuperação judicial de empresas quando houver “interesse público”.

²⁰ VARGAS, María Jesús Segovia; MIÑAMO, María del Mar Camacho. *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*. 2016. ed. Madrid: Fe'derratas, 2016. 9-10 p. v. 1. ISBN 9788415890416.

Jean Paillusseau, Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Rennes e Diretor do Centro de Direito dos Negócios, no aplaudido ensaio *“Qu'est-ce que l'entreprise?”*²¹, doutrina: *“(…) rien n'est plus déconcertant que de parler d'entreprise (...)”*, para, a seguir, evidenciar: *“(…) Les aspects de l'entreprise sont tellement nombreux, variés, complexes et importants (...)”*²², porquanto, *“(…) l'entreprise est deux choses: une activité et un centre d'intérêts (...)”*²³.

E, esclarece: *“(…) Mais l'entreprise n'est pas qu'une activité, sa seule apparition fait naître de multiples intérêts (...)”*.

Se a empresa não é apenas uma atividade e se a sua constituição faz surgir uma multiplicidade de interesses, quais são esses interesses?

Paillesseau é taxativo: *“(…) les intérêts de celui ou de ceux que la créent, qui viennent y travailler, qui lui apportent des capitaux, des bailleurs de fonds, ou les créanciers ce sont, enfin, la société elle-meme, l'Etat et, très généralement, les collectivités publiques (...)”*²⁴.

A propósito do tema, no estudo “Direito da Crise Econômica da Empresa”, publicado na Revista de Direito Mercantil, nº 109, janeiro-março 1.998, p. 64 e segs., e na Revista dos Tribunais, vol. 754, agosto de 1.998, p. 11 e segs., escrevi:

Em 1988, Giuseppe Baveta, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente “Il Diritto dell ‘Impresa in Crisi”, publicado na revista Il Diritto Fallimentare (Milão, Casa Editrice Dott, vol. LXIII, p. 351-364), advertiu aos amantes do vetusto Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser “Direito da Empresa em Crise”, inspirada, nas palavras sábias de Angel Rojo Fernandes-Rio²⁵, numa “nova filosofia do Direito Concursal”, que pretende garantir não apenas: (a) os direitos e interesses do devedor, (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses dos empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor

²¹ Publicado no Travaux et Recherches, na obra conjunta “L'Entreprise: Nouveaux Apports”, coordenado por Joseph Jugault, éd. Économica, 1.987.

²² P. 11, nºs. 1 e 2.

²³ P. 18, nº. 25.

²⁴ P. 17, nº. 22.

²⁵ “El Estado de Crisis Económica”, in *La reforma del derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*. Madrid: Civitas: Fundación Universidad-Empresa, 1982. 127 p. ISBN 8473981790.

e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente Massaguer Fuentes, segundo o qual o Direito de Insolvência, que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais.²⁶⁻²⁷

No “Parecer sobre o Anteprojeto Legislativo de Concordatas e Falências”, submetido ao Instituto dos Advogados Brasileiros em Seção Plenária e aprovado à unanimidade²⁸, reafirmei:

Embora inevitável a falência da empresa, seja ela pequena, média ou grande, importante ou não, tradicional ou recém-criada, particularmente em um sistema capitalista, os prejuízos que a sua debacle causa aos credores, aos empregados e ao sistema econômico²⁹ exigem que se a veja como uma organização “econômica, jurídica e sociológica com valor próprio, na qual concorrem interesses plurais, que se expressam sob a forma da criação de um interesse particular da empresa, em torno da qual não só é possível, desde um ponto de vista técnico, senão necessário por razões político-jurídicas, a elaboração de um direito de empresa como categoria sistemática geral”,³⁰ por constituir-se a empresa em um centro de atividades e um centro de interesses. De acordo com essa orientação – a empresa é um centro de atividades e um centro de interesses –, intensificaram-se, em quase todos os países do mundo, tanto da Europa quanto das Américas e até da Ásia, já há algum tempo, os esforços para incutir um sopro de modernidade no ultrapassado Direito Falimentar, na linha perfilhada pelo legislador português na elaboração da Lei de Falências de 1986, porque, como deixou patente, de forma feliz, a sua Exposição de Motivos, “a eliminação da empresa supõe, por maioria de razões, quando evitável, uma verdadeira agressão ao equilíbrio social, do qual não pode desinteressar-se o Estado.”

²⁶ “La Reintegración de La Massa em los Procedimientos Concursales”, *Dir. Fall.*, 1988, vol. I, p. 351.

²⁷ LOBO, Jorge Joaquim. *Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 168 p. 3ª ed. ISBN 8530904001.

²⁸ *Direito Concursal*, Forense, 1.999, 3ª. ed., p. 235 e segs.

²⁹ GALGANO, Francesco. *Las Instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, estado y clases sociales*. Valencia: Francisco Torres, 1980. v. 2. ISBN 8473661249 e 9788473661249.

³⁰ CÁMARA, Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra*. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989. 4 p. v. 3. ISBN 9501411494 e 9501405176.

Na Gazeta Mercantil³¹, realcei:

(...) o “Direito da Empresa em Crise”, aqui e alhures, ontem e hoje, assenta sobre os seguintes princípios básicos: (a) a reestruturação, saneamento e recuperação da empresa, em especial da megaempresa, abarca uma variegada gama de direitos e interesses e atinge, direta ou indiretamente, acionistas, investidores do mercado de capitais, empregados, ex-empregados, pensionistas, prestadores autônomos de serviços, financiadores, fornecedores, consumidores, comunidade, fisco e o Estado; (b) a pré-insolvência, o estado de crise econômica e estado de falência da grande empresa são fenômenos patológicos de relevante interesse público, que não podem ser deixados ao alvedrio das partes.

A seguir, frisei:

(...) o problema da pré-insolvência e da insolvência da grande empresa é, sem dúvida, jurídico, econômico e financeiro, mas é, sobretudo, um problema público e social e se é sobretudo um problema público e social as soluções devem ser de ordem política, tendo em mente e em conta os reflexos sociais que produzirão a curto, médio e longo prazos.

E, ademais:

(...) o Prof. Gerardo Santini, Catedrático da Universidade de Bolonha, na conferência “Soluções jurídicas para o estado de crise da empresa nos sistemas de economia de mercado”, após tratar da evolução histórica do Direito da Insolvência, discorre, com maestria, sobre a “valoração dos interesses públicos em jogo na crise da empresa” e acentua, com profundo conhecimento de causa, que “o elemento novo, que vem a ultimar um quadro formado no decorrer dos séculos, está representado, (...), pelo interesse público na continuação da empresa(...). Tal interesse é público não apenas porque se apresenta como distinto do interesse do devedor ou dos credores, senão sobretudo porque se refere a categorias ou grupos sociais mais amplos que podem coincidir com toda a coletividade (...) (in *La reforma del derecho de quiebra*. Madrid, Editorial Civitas, 1982, p. 42)

³¹ Caderno Opinião, edição do dia 11.09.2005, com o título “Recuperação da grande empresa”.

Iñigo del Guayo Castiella, Catedrático de Direito da Universidade de Almeria, Espanha, na monografia *“Setor Público Empresarial e Instituições Paraconcursais”*, destaca que:

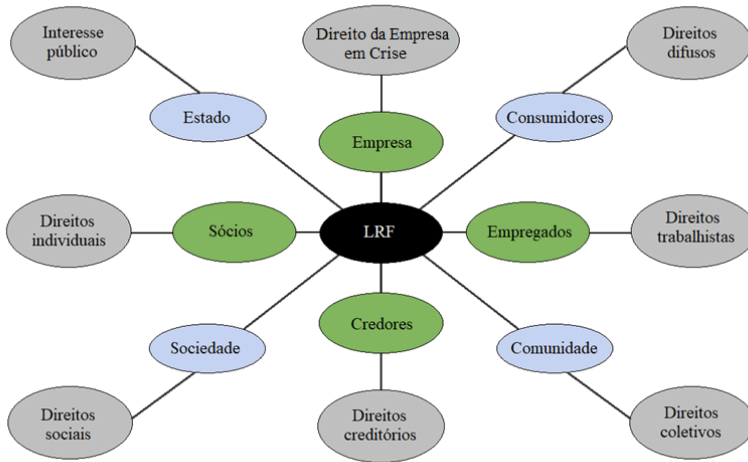
[a]s soluções das crises empresariais perseguem não só a garantia de pagamento a todos os credores, mas também uma função social e o Direito Concursal não é hoje uma parte do direito repressivo que se satisfaça com a mera condenação do devedor, nem tampouco um expediente dirigido à mera expulsão do tráfico jurídico do insolvente e à liquidação de seu patrimônio, se não que incorpora interesses sociais, tratando de satisfazer várias finalidades simultaneamente e, concretamente, tratando de proteger determinados créditos públicos (como os da Fazenda Pública e da Seguridade Social) e sociais (como os dos trabalhadores), ao mesmo tempo em que fomenta a conservação da empresa. De fato, o Estado Social insiste na incorporação da finalidade de conservação da empresa ao ordenamento concursal, mas não exclusivamente sobre a base dos interesses privados dos credores na cobrança, se não porque entende que, para a estabilidade econômica e a proteção dos interesses gerais, é preferível a conservação à liquidação. (Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 34/35)

Em resposta aos que sustentavam que as empresas, todas, mas, em especial, as “enfermas”, devem obedecer à “lei do mercado”, arrematei: *“(…) ‘Lei do mercado’ que não impediu os Estados Unidos da América – a maior economia de mercado do mundo – de ‘socorrerem’, literalmente ‘socorrerem’, como enfatizado por Antonio Luiz M.C. da Costa,*

[a]s companhias aéreas, através de uma lei proposta por Bush, e aprovada em setembro do ano passado, que autorizou US\$ 5 bilhões em compensações por perdas relacionadas ao atentado de 11 de setembro – três vezes mais do que os prejuízos reais causados pela paralisação, segundo críticos da medida – e mais US\$ 10 bilhões em garantias financeiras. (“Políticas de Bem-Estar Corporativo”, in Carta Capital, ed. de 08.06.05, ano IX, n. 345 [On-line])

“Lei de mercado” que não impediu (a) o “chanceler alemão, Gerard Schroeder, de elaborar um plano de salvamento de US\$ 400 milhões para o grupo de telecomunicações MobilCom, depois que sua controladora francesa, a France Télécom, decidiu não mais investir na parceira alemã; (b) o governo francês de socorrer a France Télécom – talvez a empresa mais endividada do mundo – com US\$ 9 bilhões; (c) o governo inglês de rolar a dívida de US\$ 1 bilhão. (art. cit.)

No início dos anos 2.000, em palestra na Associação dos Advogados de São Paulo, ao discorrer sobre a LFRE, vali-me do quadro sinóptico transcrito a seguir, que comprova ser de interesse público e social a preservação da empresa.



VI - Conclusão

As opiniões, que emiti há décadas, conservo-as intactas, porquanto, em 1.998, hoje e, com certeza, no futuro, a reestruturação e sobrevivência da empresa, em especial da média e megaempresa (as quais, efetivamente, se socorrem da lei), é de interesse público e social, porque abarca uma variegada gama de direitos e interesses e atinge, direta ou indiretamente, acionistas, investidores do mercado de capitais, empregados, ex-empregados, pensionistas, prestadores autônomos de serviços, financiadores, fornecedores, consumidores, a sociedade, o Estado, o meio ambiente, o ecossistema etc.

Ora, como ensina Jean Paillusseau, citado na epígrafe deste artigo, se “(...) *Elle* (a empresa) *est d’essence économique e sociale*”; se a reorganização administrativa, financeira, operacional e de marketing, se a reformulação dos negócios e das atividades, se o saneamento econômico-financeiro da empresa, em suma, se a recuperação da empresa é de interesse público e social, *obrigatória é a participação do Ministério Público em todas as fases do processo de recuperação judicial de empresas.*

Referências bibliográficas

BAVETA, Giuseppe. *Il Diritto dell 'Impresa in Crisi. Il Diritto Fallimentare*. Milão: Casa Editrice Dott., v. LXIII, ANO.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.376, de 1993*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: XXX.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 994.942 – DF*, Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: XXX.

CÁMARA, Héctor. *El concurso preventivo y la quiebra*. 1. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2021.

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD-EMPRESA. El Estado de Crisis Económica. In: *La reforma del derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*. Madrid: Civitas, 1982.

GALGANO, Francesco. *Las Instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, estado y clases sociales*. Valencia: Francisco Torres, 1980.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEBEL, Christine. *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*. França: PU Aix-Marseille, 2000.

LOBO, Jorge. *Direito Concursal: direito concursal contemporâneo, acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva, estudos de direito concursal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Direito da Crise Econômica da Empresa*. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, n. 109, jan.-mar. 1998.

_____. Recuperação da grande empresa. *Gazeta Mercantil*, Caderno Opinião, 11 set. 2005.

LUCCA, Newton de. *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES JÚNIOR, Mario Moraes. *O Ministério Público na nova Lei de Falências*. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: XXX.

MAURO, Maria da Penha Nobre. *Participação do Ministério Público no processo de recuperação judicial – O Ministério Público e a Recuperação Judicial*. Uma visão diante do regime da Lei nº 11.101, de 09/02/2005. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/participacao-mp-processo.pdf>. Acesso em: XXX.

MILANI, Mário Sérgio. *Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PAILLUSSEAU, Jean. Qu'est-ce que l'entreprise? In: JUGAULT, Joseph (coord.). *L'Entreprise: Nouveaux Apports*. Paris: Économica, 1987.

SALOMÃO, Luis Felipe. *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VARGAS, María Jesús Segovia; MIÑAMO, María del Mar Camacho. *Diagnóstico de la viabilidad de las empresas en el marco de la reciente reforma de la ley concursal española*. Madrid: Fe'derratas, 2016.

_____. *La Reintegración de La Massa em los Procedimientos Concursales*. Dir. Fall., 1988.

A busca da “verdade” no processo penal através da prova além de uma dúvida razoável

Pedro Eularino Teixeira Simão*

Sumário

1. A busca da “verdade” no processo penal. 1. a) “Verdade” e “certeza”. 1. b) Certeza e probabilidade. 2. A utilização dos *Standards* probatórios como ferramenta jurídica auxiliar do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso. 3. *Standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). 4. Aplicabilidade prática no sistema processual penal norte-americano do *standard proof beyond a reasonable doubt* como critério orientador do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo objetiva abordar o tema da busca da “verdade” no âmbito do processo penal, com base nos ensinamentos da doutrina especializada no assunto. Diante do tormentoso subjetivismo do termo “verdade” que aflige os operadores do Direito “mundo afora”, torna-se imprescindível a análise pormenorizada do contexto probatório produzido no bojo do processo penal de acordo com algum parâmetro que possa auxiliar o julgador na formação de seu livre convencimento motivado. Seguindo essa linha de raciocínio, tenciona-se, nesta oportunidade, amadurecer a ideia da necessidade de uma maior incorporação na prática processual brasileira do *standard* probatório anglo-saxônico da prova além de uma dúvida razoável, critério este, já largamente utilizado em sistemas jurídicos processuais penais estrangeiros com a finalidade de nortear a convicção do julgador, minorando assim, as dificuldades de se alcançar uma certeza probatória fundamentada na verdade “aproximada” dos fatos.

Palavras-chave: A busca da “verdade” no processo penal. Necessidade de utilização de um padrão probatório para nortear o livre convencimento motivado do julgador. *Standard* probatório anglo-saxônico da prova além de uma dúvida razoável.

1. A busca da “verdade” no processo penal

A finalidade primordial do processo penal é a busca da verdade dos fatos, a fim de garantir um julgamento justo ao acusado, seja no sentido da condenação

* Doutorando em Direito Penal na UERJ. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Promotor de Justiça do MPRJ - Membro do GAECO.

ou da absolvição. Por isso, durante toda a instrução criminal, acusação e defesa desempenham uma intensa atividade probatória, com a pretensão de se alcançar um único objetivo: a persuasão racional do julgador.

Esse propósito tão almejado pelas partes do processo penal é também conhecido como “certeza moral”, que foi definida expressamente pelo Código Canônico como a “persuasão produzida no ânimo do juiz, de acordo com o modo normal de agir das pessoas, que exclui qualquer dúvida prudente”.¹

Nesse sentido, no ato de julgar, o juiz deve manter o seu espírito alinhado à realidade contida nos autos², motivo pelo qual, a doutrina alerta que os veredictos nem sempre refletem a verdade, mas somente avaliam as provas produzidas pelas partes no processo penal.³

É justamente a dificuldade de se alcançar uma verdade “plena” no processo penal que fez Mittermaier ponderar nos primórdios do século XVIII que “o talento investigador do magistrado deve saber encontrar uma mina fecunda para o descobrimento da verdade”, buscando por meio de um raciocínio lógico e coerente “iluminar” o seu entendimento, guiando-o até a realidade dos fatos.⁴

Daí surge a extrema relevância da busca da “verdade” no processo penal, uma vez que o Sistema Judicial só adquire legitimidade perante os jurisdicionados, se os seus veredictos forem fundamentados de maneira precisa. Significa dizer que é necessário potencializar a máxima redução dos erros de julgamento, pois uma Justiça Criminal que, frequentemente, condena inocentes e absolve culpados, deixa de conquistar o respeito e a obediência dos cidadãos, em decorrência da sua falta de credibilidade perante a sociedade.⁵

Por isso, torna-se essencial definirmos o que se entende por “verdade”, não apenas em razão do próprio subjetivismo inerente ao termo, como também porque esta compreensão é fundamental para a integral efetividade da Justiça no processo penal. Isso porque, segundo Guzmán “a verdade não é um fim em si mesma, mas

¹ Código de Direito Canônico, tradução CNBB, 2ª edição. Brasília: Loyola, 1987, p. 689, nota ao cânone 1608, § 1º, que reproduz o artigo 1869 do *Codex Iuris Canonici* de 1917.

² NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia – técnica de persuasão*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55.

³ Esse é o posicionamento de Chambers Jr. ao afirmar: “*Verdicts do not necessarily reflect truth; they reflect the evidence presented*”. CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 668.

⁴ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*, 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 427.

⁵ Tal raciocínio também fundamenta o pensamento de Laudan, que compara o julgamento criminal com um motor epistêmico, isto é, uma ferramenta utilizada para o descobrimento da verdade. Desse modo, pontua o autor: “*public legitimacy, as much as justice, demands accuracy in verdicts. A criminal justice system that was frequently seen to convict the innocent and to acquit the guilty would fail to win the respect of, and obedience from, those it governed. It thus seems fair to say that, whatever else it is, a criminal trial is first and foremost an epistemic engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators. To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth*”. LAUDAN, Larry, *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 27.

representa uma condição necessária para a aplicação de uma condenação, de acordo com um modelo garantista do processo penal”.⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, a doutrina acentua que o critério da “verdade” constitui um requisito *sine qua non* quando se trata da imposição de uma pena pelo cometimento de um delito, só sendo legítimo penalizar o acusado quando a verdade sobre a sua responsabilidade penal haja sido plenamente comprovada.⁷ Dessa forma, a descoberta da “verdade” é imprescindível para a persecução penal Estatal adquirir legitimidade, e consequentemente refletir um veredicto justo e adequado às peculiaridades do caso concreto.

Ocorre que, por mais perfeccionistas que sejam os operadores do Direito na busca da “verdade”, esta nunca poderá ser alcançada de forma plena, porque a realidade do fato criminoso não voltará a acontecer novamente, ainda que haja uma reconstituição minuciosa do acontecimento passado, isto é, do momento do crime.

É claro que com a modernidade, existem situações nas quais o momento exato do crime foi registrado por câmeras de segurança, o que obviamente, auxiliará o julgador na descoberta da “verdade”. Contudo, não se pode desconsiderar outras circunstâncias periféricas à prática do crime que eventualmente possam revelar a motivação do agente ou qualquer outro fato relevante que possa alterar significativamente a formação da convicção do julgador.

Assim sendo, a noção de “verdade” no processo penal variará de acordo com o seu intérprete, justamente em razão da subjetividade inerente à terminologia, bem como, em virtude da falibilidade humana. A união dessa dupla de fatores nos remete aos ensinamentos de Ferrajoli, no sentido de que “se uma Justiça Penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma Justiça Penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade.”⁸

Diante disso, concordamos com o referido jurista italiano, quando sustenta que o processo penal não deve ter por objetivo a busca de uma verdade “absoluta”, mas sim, de uma verdade “aproximada” dos fatos.⁹

Na doutrina brasileira sobre o tema, Nucci assevera que a verdade no processo penal é aquela “atingível ou possível”, que deve emergir durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.¹⁰

⁶ GUZMÁN, Nicolas. *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 31-33.

⁷ CAFFERATA NORES, José I.; CÓPPOLA, Patricia. *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000, p. 11-12.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995, p. 40.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995, p. 44.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 7ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 392.

A esse sentir, Figueiredo Dias lembra que o processo penal não deve ser analisado sob o ângulo da verdade formal, mas de acordo com a verdade material, que por sua vez, possui um duplo aspecto: o primeiro, no sentido de uma verdade isenta da influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; e o segundo, no sentido de uma verdade que, não sendo absoluta, “há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática, e sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”.¹¹

Com base nas lições do jurista português, os tribunais portugueses já tiveram a oportunidade de esclarecer que “a verdade a que se chega no processo não é a verdade verdadeíssima, mas uma verdade judicial e prática, uma «verdade histórico-prática e, sobretudo, não é uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida”. Trata-se de uma verdade aproximativa ou probabilística, como ocorre com toda a verdade empírica, submetida a limitações inerentes ao conhecimento humano e adicionalmente condicionada por limites temporais, legais e constitucionais”.¹²

A nosso ver, a “verdade processualmente válida” é aquela que deve ser perseguida incessantemente pelo Estado Democrático de Direito, mas com a imposição de limites constitucionais na busca da realidade “aproximada” dos fatos. Consequentemente, a perseguição penal deverá sempre possuir como parâmetro a observância da dignidade da pessoa humana, materializada em um triplo pilar inerente ao princípio do devido processo legal: o contraditório, a ampla defesa e a vedação de utilização de provas proibidas (ilícitas e ilegítimas).

Portanto, a “verdade” no processo penal deve ser alcançada com estrita observância aos direitos e garantias fundamentais, e representar uma verdade “aproximada” do real acontecimento dos fatos, de modo a refletir um juízo de certeza probatória que habilite o julgador a proferir um julgamento justo e adequado ao caso concreto.

1. a) “Verdade” e “certeza”

Há muito tempo, o alcance do significado de “verdade” é intensamente debatido na Filosofia. Tal preocupação advém desde a Idade Média, quando ocorreu o ponto de partida para o entendimento no sentido de que, para se realizar “Justiça”, era necessário definir previamente o que se entende por “verdade”.

Mais precisamente no século XII, a célebre e inesquecível frase “é melhor absolver mil culpados do que condenar à morte um único inocente” foi atribuída a Maimônides. A genialidade do filósofo na Antiguidade fez com que a mesma ideia tenha sido reproduzida até os dias atuais por juristas, estudiosos e até mesmo, ícones da História.¹³

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 193-194.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 679/06.0GDTV.D.L1-3, julgado em 04/07/2012. Disponível em: <www.dgsi.pt.>

¹³ LAUDAN, Larry, *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 63. O autor aponta que a autoria da frase “it is better... to acquit a thousand guilty

Esse pensamento representa exatamente a dificuldade existente no ato de julgar o próximo. A complexidade da atividade intelectual desempenhada pelo magistrado no momento do julgamento fez Carnelutti qualificá-la como um “dilema do julgador”, aduzindo que “ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo”.¹⁴

Tendo em vista esse cenário embaraçoso, diante da constatação da impossibilidade de se alcançar uma verdade “absoluta” no processo penal, os termos “verdade” e “certeza” – que à primeira vista parecem ser sinônimos – são diferenciados pela doutrina, por possuírem sentidos completamente diversos.

Nesse diapasão, Malatesta observa que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva”.¹⁵

O referido jurista esclarece ainda que “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros”.¹⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, Taruffo¹⁷ pondera que, enquanto a verdade é objetiva e dependente do real acontecimento dos fatos, a certeza é um “estado subjetivo psicológico”, correspondente a um altíssimo grau de convicção no espírito do julgador. Dessa maneira, a certeza representa a intensidade do convencimento do julgador sobre a veracidade de um enunciado fático.¹⁸

Reputamos correta a diferenciação terminológica realizada pela doutrina, pois, conforme pontuamos acima, o julgador nunca terá o conhecimento pleno do fato criminoso em si, bem como das circunstâncias subjetivas periféricas ao cometimento do delito, entre as quais, podemos citar a real motivação do crime, a menos que o acusado realize a confissão.

Consequentemente, em razão da verdade plena ser inatingível, o livre convencimento deverá ser alicerçado na “certeza moral” formada subjetivamente na

persons than to put a single innocent man to death” foi atribuída a Maimônides. No entanto, diversos filósofos também reproduziram a mesma ideia posteriormente. Entre eles, Matthew Hale (1678), o filósofo iluminista Voltaire (1749) e Benjamin Franklin (1785).

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.

¹⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 21.

¹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 22.

¹⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 102-103.

¹⁸ Com relação à definição de certeza, Dellepiane possui posicionamento semelhante ao de Taruffo e Malatesta, sustentando que “é possível chegar a uma certeza, ou seja, a crença no seu grau sumo, a crença em sua plenitude e perfeição, isto é, um estado psicológico caracterizado pela adesão firme sem resquício algum de dúvida àquilo que se conhece”. DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*, 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 48.

mente do julgador, que no momento do julgamento optará por uma das “verdades”, isto é, uma das versões antagônicas alegadas pelas partes no processo penal.¹⁹

1. b) Certeza e probabilidade

Considerando que a verdade plena se configura inalcançável, todo julgamento refletirá uma certeza moral amparada na crença do juiz de que os fatos alegados pelas partes ocorreram de uma determinada maneira. É importante ressaltar que essa crença não representa uma “certeza absoluta”, mas, sim, uma “certeza relativa suficiente à formação da convicção do julgador”.²⁰

Esse ponto de vista se justifica, pois, inevitavelmente, a certeza moral sempre carregará consigo, por menor que seja, alguma dúvida originada naturalmente no interior da mente de qualquer julgador quando se depara com algum caso concreto. Justamente em virtude dessa problemática, em meados do século XX, o filósofo austríaco Wittgenstein já alertava que “quem quisesse duvidar de tudo, também não chegaria a duvidar. O próprio jogo da dúvida já pressupõe a certeza”.²¹

Tal raciocínio tem levado parcela da doutrina a sustentar que, na realidade, a finalidade precípua do processo penal é a busca de uma verdade processual norteada por uma probabilidade lógica, pois qualquer decisão judicial possuirá, ainda que minimamente, um certo grau de dúvida latente na mente do julgador, em razão da impossibilidade de se alcançar uma verdade plena a respeito do fato delituoso.²²

Em razão disso, Mata-Mouros acentua que existe na atualidade uma corrente doutrinária que defende a incompatibilidade do princípio da presunção de inocência com a escolha da verdade como objetivo principal do processo penal. Assim, a finalidade precípua do processo penal seria a “prevenção do risco de punição arbitrária”.²³

Induvidosamente, certeza e probabilidade são conceitos que se interligam em virtude da necessidade de se descobrir qual é o grau de convicção que o julgador deverá possuir para ser capaz de fundamentar uma sentença penal proferida “com certeza”.

¹⁹ Garraud explica que, a rigor, a verdade possui um caráter absoluto. Contudo, quando a mesma é visualizada sob o ponto de vista de nossas percepções, se converte automaticamente na certeza, que possui caráter relativo. Segundo o autor, “para o homem, o equivalente da verdade é a certeza, que resulta do reconhecimento subjetivo por ele efetuado”. GARRAUD, René. *Traité théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1907, p. 475.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, volume 2, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 174.

²¹ “Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifelns selbst setzt schon die Gewissheit voraus”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Traduzido para o português por Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 153.

²² Nesse sentido, Mata-Mouros acentua que a “meta do processo penal continua a ser, segundo uma opinião alargada, investigar a verdade a respeito do facto punível e castigar o seu autor. Todavia, em face dos vários limites e obstáculos opostos à descoberta da verdade, muitos autores têm vindo a recorrer a outras formulações, aumentando o número daqueles que hoje se contentam em definir o fim do processo penal como a mera busca da probabilidade lógica ou indutiva no respeito pelos valores constitucionais”. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007, p. 113.

²³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007, p. 114.

Significa dizer que, tendo em vista a impossibilidade de definir objetivamente a “verdade”, o juiz deverá formar a sua certeza moral baseando-se em um nível elevadíssimo de probabilidade de comprovação do fato principal, em conformidade com a alegação de uma das partes, alicerçando a sua convicção em um “grau de suficiência probatória preciso”.²⁴

Diante disso, podemos afirmar que a livre convicção do julgador representará, necessariamente, um juízo de certeza de altíssima probabilidade sobre as alegações trazidas ao processo penal pelas partes. Dessa maneira, o magistrado avaliará, na realidade, se tais argumentos são verossímeis ou não, e qual deles possui o maior grau de certeza.²⁵

Logo, a estreita relação entre certeza e probabilidade atinge o seu ápice durante a formação do convencimento do julgador, quando este elege a alegação de uma das partes como a mais provável no momento de proferir a sentença penal. Assim, quanto mais provável for alguma das versões dos fatos, maior será o seu grau de certeza.²⁶

É exatamente no campo da quantificação desse grau de certeza que os *Standards* probatórios têm sido utilizados de forma eficiente nos sistemas jurídicos processuais penais contemporâneos, como uma ferramenta de orientação do julgador no processo de formação do seu livre convencimento motivado, que deverá refletir uma verdade “aproximada” do fato criminoso praticado.

2. A utilização dos *Standards* probatórios como ferramenta jurídica auxiliar do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso

Diante da inatingibilidade de uma verdade “plena” ou “absoluta” no bojo do processo penal, antes de proferir a sentença, o julgador tem a árdua missão de apreciar o valor probatório de todos os meios de prova produzidos pelas partes no processo, ponderando o peso e a força persuasiva de cada elemento de prova na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso.

Trata-se do momento mais delicado do processo penal, no qual, geralmente, se faz alusão às regras de experiência como fator primordial inerente à racionalidade das decisões judiciais. É certo que o senso comum acaba sendo um parâmetro demasiadamente impreciso para justificar o raciocínio lógico utilizado pelo magistrado na fundamentação de uma sentença penal.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Cuyo, 2001, p. 252.

²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 186.

²⁶ Hume resume bem a relação entre certeza e probabilidade no momento da prolação da sentença, sublinhando que “há, certamente, uma probabilidade que resulta de uma superioridade de possibilidades a favor de uma das partes e, à medida que esta superioridade aumenta, excedendo as possibilidades opostas, a probabilidade recebe um aumento proporcional, gerando maior grau de crença ou assentimento à parte em que descobrimos a superioridade”. HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Traduzido para o português por André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 55.

Dessa forma, os sistemas jurídicos processuais contemporâneos vêm utilizando, cada vez mais, os *standards* probatórios²⁷, com o objetivo de “guiar a discricionariedade” inerente ao livre convencimento do juiz, oferecendo-lhe diretrizes mais precisas a serem utilizadas na formação da sua certeza moral, de modo que a decisão judicial reflita uma adequada valoração conjunta de todo o arcabouço probatório existente nos autos.²⁸

Nesse sentido, a finalidade precípua dos *standards* probatórios é a sua utilização pelo julgador como uma ferramenta auxiliar de orientação no momento da apreciação do peso e valor das provas, de maneira que o resultado final dessa ponderação lógica seja baseado no grau de probabilidade de ocorrência da hipótese fática alegada pelas partes no caso concreto.²⁹

Tradicionalmente, os *standards* probatórios são aplicados na prática forense como parâmetros de dosagem do convencimento do julgador, que variam de acordo com o nível de certeza ou suficiência probatória exigível para prolação de uma determinada decisão judicial. Isso porque, é notório que existem decisões de natureza diversa no processo penal. Assim, enquanto as decisões provisórias exigem um juízo de probabilidade menor, a decisão definitiva requer um juízo de probabilidade maior de comprovação do fato principal sob o qual recai a lide.

Por essa razão, as medidas cautelares – como, por exemplo, a busca e apreensão, a prisão preventiva ou temporária e o sequestro de bens – exigem “indícios suficientes” à decretação de tais medidas coativas, que reflitam um “juízo de probabilidade” baseado na verossimilhança dos fatos (*fumus commissi delicti*) e no perigo da demora na concessão da medida requerida (*periculum libertatis*).

De outro lado, quando a decisão judicial é fundamentada em um “juízo de certeza” – como é o caso da sentença penal – há necessidade de que a prova contida nos autos evidencie “prova suficiente” à condenação criminal, o que obviamente acarretará o ônus da acusação em comprovar cabalmente a hipótese sustentada mediante um “elevadíssimo grau de probabilidade” de ocorrência do fato principal.³⁰

²⁷ Necessário frisar que parte da doutrina usa a terminologia “modelos de constatação” para designar os *standards* probatórios. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

²⁸ TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135-137.

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba*, 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 144.

³⁰ Sobre os graus de probabilidade inerentes aos diversos tipos de decisões judiciais, Badaró observa que “nem sempre a decisão judicial deverá ser fundada neste ‘altíssimo grau de probabilidade’. Esta situação é sempre exigível quando a decisão tiver como pressuposto a ‘certeza’ de um fato. Em todo processo de conhecimento no qual tenha havido controvérsia fática, o juiz deverá extrair das provas este ‘altíssimo grau de probabilidade’ da ocorrência dos fatos debatidos, ou então terá que se valer das regras do ônus da prova. Há casos, porém, em que o fundamento da decisão não é a certeza dos fatos. É o que ocorre, por exemplo, no caso de concessão de uma medida cautelar, para a qual se exige a probabilidade da existência de um direito ou de ocorrência de um dano. Nos casos de urgência o juiz normalmente é autorizado a decidir com base na ‘mera probabilidade’ e não na certeza (isto é, no ‘elevadíssimo grau de probabilidade’). Outro exemplo é o caso de decisões interlocutórias que se fundam em juízos provisórios, sobre os fatos

Com relação às espécies de *standards* probatórios, serão mencionados três modelos anglo-saxônicos, quais sejam, *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* e *proof beyond a reasonable doubt*, sendo certo que esse último é o padrão probatório utilizado frequentemente no sistema processual penal norte-americano, que é pioneiro na utilização da referida ferramenta jurídica norteadora da livre convicção do julgador.

Assim, no tocante aos dois primeiros *standards*, faremos apenas uma breve abordagem para não nos desvirtuarmos do tema central. Dessa maneira, o critério da preponderância da evidência (*preponderance evidence*) é o padrão probatório utilizado, em regra, no processo civil norte-americano, e por esse motivo é menos exigente do que o *standard* aplicável especificamente ao processo penal. Segundo a doutrina estrangeira especializada, esse parâmetro possui uma força persuasiva no convencimento do julgador, superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de ocorrência de um fato³¹, o que corresponderia ao “*fumus boni iuris*” inerente a ocorrência de uma determinada hipótese fática.

Em outras palavras, esse *standard* centra-se na ideia de que a “realidade dos fatos” inerente à tese sustentada por uma parte processual se sobrepõe em relação à “realidade dos fatos” narrada pela parte adversa. Tal método pode ser utilizado no processo penal, especificamente, nas decisões provisórias de admissibilidade da acusação, como é o caso do recebimento da denúncia, ou da pronúncia do réu, no procedimento afeto aos crimes dolosos contra a vida.³²

Já o critério de convencimento da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) é um *standard* probatório intermediário, uma vez que se insere entre o anterior (*preponderance of evidence*) e a prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*). É muito aplicado nos Estados Unidos, notadamente em questões atinentes ao Direito de Família e corresponde a uma força persuasiva de convicção do julgador, estruturada sobre um elevado grau de probabilidade de ocorrência do fato, isto é, superior a 75% (setenta e cinco por cento).³³

Entendemos que o referido *standard* probatório é perfeitamente aplicável ao processo penal brasileiro, no tocante às medidas cautelares pessoais e reais, tais como, a decretação de prisão preventiva e o sequestro de bens, respectivamente. Isso porque, decisões judiciais que interferem nos direitos fundamentais do indivíduo – como por exemplo, a liberdade – exigem um nível mais elevado de “certeza” na formação da convicção do juiz, sob pena de serem cometidas arbitrariedades.

debatidos, como é o caso do recebimento da denúncia ou mesmo a decisão de pronúncia”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 55-57.

³¹ FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 36-37.

³² CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: The American journal of comparative law, volume 50, 2002, p. 251.

³³ CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A comparative view of standards of proof*. In: The American journal of comparative law, volume 50, 2002, p. 251-252.

Por fim, a prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é o *standard* probatório norte-americano mais exigente, eis que pressupõe uma força persuasiva da prova que indique uma altíssima probabilidade de ocorrência do fato, superior a 90% (noventa por cento). Aproxima-se, portanto, da “certeza absoluta”, que, conforme pontuado, é a crença do Ser Humano de que a verdade dos fatos ocorreu de uma determinada maneira.³⁴

Interessante mencionar que, enquanto os *standards* probatórios norte-americanos giram em torno do grau de probabilidade de ocorrência do fato principal alegado pelas partes, por outro lado, na Espanha, o *standard* utilizado no âmbito do processo penal é o da mínima atividade probatória, que por sua vez, se concentra na existência de “prova de cargo” com aptidão para superar o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, isto é, sem a utilização do modelo probabilístico no procedimento de formação da convicção do julgador.³⁵

É necessário frisar ainda que, apesar do maior rigor do *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), diante da falibilidade humana, sempre haverá alguma possibilidade, ainda que mínima, de ocorrência de erros de julgamento. Entretanto, a utilização do referido *standard* probatório mais exigente no processo penal visa primordialmente estabelecer um norte a ser seguido pelo julgador na formação do seu convencimento, minimizando-se assim, o risco de condenação de um inocente, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.³⁶

Por outro viés, é claro e cristalino que a utilização de um *standard* probatório mais rigoroso no processo penal também resultará, inevitavelmente, em inúmeras absolvições de culpados. Contudo, esse é o “preço” que a sociedade deverá pagar para que o Estado respeite integralmente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo norteados, invariavelmente, pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*.³⁷

³⁴ CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. In: The American journal of comparative law, volume 50, 2002, p. 243-275, p. 252.

³⁵ Ao tratar da relação íntima entre a mínima atividade probatória e o princípio da presunção de inocência, Miranda Estrampes observa que “la doctrina de la ‘mínima actividad probatoria’ conecta directamente con dicho derecho fundamental, incidiendo de forma esencial en el régimen jurídico de la prueba en el proceso penal”. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal. Barcelona: José María Bosch, 1997, p. 123.

³⁶ Sobre o nível de rigor dos standards probatórios, Ferrer Beltrán acentua que “en buena parte esto es dependiente (...) de un juicio sobre el ratio admisible de falsas condenas y falsas absoluciones que estemos colectivamente dispuestos a aceptar. Un estándar de prueba más exigente dará lugar a un porcentaje mayor de falsas absoluciones, mientras que un estándar menos exigente producirá un número mayor de falsas condenas”. FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. In: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, nº 15, ejemplar dedicado a XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 2007, p.1-6. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>

³⁷ Com um posicionamento semelhante, Dennis afirma que: “the very high standard of proof require in criminal cases minimises the risk of wrongful conviction. It means that someone whom, on evidence, the factfinder believes is ‘probably’ guilty or ‘likely’ to be guilty will be acquitted, since these judgments of probability necessarily admit that the factfinder is not sure. It is generally accepted that some at least of this acquittals. Will be of persons who are in fact guilty of the offences charged, and who would be convicted if the standard of proof were the lower civil standard of the balance of the probabilities. Such acquittals are the price paid for the safeguard provided by ‘beyond reasonable doubt’ standard against wrongful conviction. It is impossible to know the frequency of wrongful acquittals, but given the high acquittal rates generally in the Crown Court,

Em face do exposto, defendemos a consolidação efetiva no Direito Processual Penal Brasileiro do *standard* norte-americano da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) como ferramenta jurídica de auxílio do julgador na descoberta da verdade “aproximada” do fato criminoso versado no processo penal.³⁸

3. *Standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*)

Todo e qualquer julgamento é revestido, ao menos, por alguma dúvida existente na mente do julgador, o que se transforma em um verdadeiro dilema jurídico a ser solucionado. O momento de julgar é o ápice do livre convencimento, e por essa razão, Carnelutti afirmava que “ainda que os homens não possam julgar, podem condenar, e este é o momento crítico do drama do processo”.³⁹

Diante disso, já que o momento de julgar é inevitável e a descoberta do “real” acontecimento dos fatos é inatingível, o juiz deverá formar o seu convencimento com base em uma hipótese de altíssima probabilidade, que espelhe fidedignamente a insuficiência ou suficiência probatória, de modo a refletir um veredicto justo, em conformidade com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

No primeiro caso, a absolvição do réu se impõe, haja vista a obrigatoriedade de observância do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Por outro lado, no segundo caso, a suficiência probatória com aptidão para ensejar a prolação de uma sentença penal condenatória deverá ser analisada de acordo com o *standard* probatório da prova além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).⁴⁰

De origem anglo-saxônica, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* é utilizado desde o século XVII pelas cortes inglesas, que naquela época, já reconheciam que a culpa do réu nunca era estabelecida com absoluta segurança,

it seems that it is almost certainty greater than the frequency of wrongful convictions. This allocation of the risk of misdecision reflects Dworkin's claim that a wrongful conviction is a particularly grave species of moral harm, one that is significantly worse than wrongful acquittal”. DENNIS, Ian H. The law of evidence, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 394.

³⁸ Nesse sentido, Badaró pondera que “embora a distinção entre os *standards* probatórios costume levar em conta a relevância dos bens tutelados, com a consequente diferenciação entre processos de naturezas distintas (p. ex., processos penais, de um lado, e não penais, de outro), nada impede que a técnica dos ‘modelos de constatação’ seja utilizada no processo penal com vistas a decisões distintas a serem proferidas ao longo da persecução penal, em especial para distinguir as decisões cautelares com base em juízo de probabilidade, das sentenças de mérito, baseadas em provas ‘além de qualquer dúvida razoável’”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de complicado relacionamento*. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/?page_id=36>

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.

⁴⁰ A respeito da íntima relação entre o *standard proof beyond any reasonable doubt* e a suficiência probatória exigida para a condenação criminal do réu, Taruffo esclarece que “de qualquer forma que venha definido, portanto, o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável exprime a exigência de que a culpabilidade do imputado seja demonstrada com um altíssimo grau de confirmação, praticamente equivalente àquele da certeza”. TARUFFO, Michele. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

uma vez que “o júri poderia não ter certeza da culpa do réu para além de qualquer dúvida porque uma chance sempre existia, não importa o quanto improvável, de que o réu fosse inocente”.⁴¹

Por sua vez, o referido padrão probatório também é amplamente utilizado nos Estados Unidos desde 1850, especialmente nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Ressalte-se que a doutrina anglo-americana diverge no tocante ao grau necessário de certeza probatória para que o julgador possa proferir uma sentença penal condenatória com a observância da prova além de uma dúvida razoável.⁴²

Assim, o *standard proof beyond a reasonable doubt* exige um nível elevadíssimo de certeza probatória suficiente à condenação criminal, que, de acordo com a doutrina adepta do *bayesianismo*⁴³, gira em torno de 90% (noventa por cento) a 99% (noventa e nove por cento).⁴⁴

Entendemos que o princípio da presunção de inocência e o *standard* da prova além de uma dúvida razoável caminham paralelamente no mesmo sentido, sendo faces opostas da mesma moeda. Isso porque, se a culpa não for provada além de uma dúvida razoável, a presunção de inocência impõe a absolvição; por outro lado, se a responsabilidade penal do réu for provada além de uma dúvida razoável, a sua culpa passa a se sobrepor à presunção de inocência.⁴⁵

Dessa maneira, a rigorosidade do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* desempenha uma função vital no sistema processual penal norte-americano, no tocante à releitura da literalidade do *in dubio pro reo* no processo penal. Consubstancia-se, portanto, em uma importante ferramenta jurídica de padronização da quantificação do nível de certeza probatória do julgador que objetiva a redução máxima do risco de ocorrência de erros de julgamento.⁴⁶

Nesse sentido, em 1970, a Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *In Re Winship* que o *standard* probatório da “prova além de uma dúvida razoável” é um “componente implícito do devido processo legal”, aplicando-se em todos os julgamentos

⁴¹ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 75.

⁴² GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 88.

⁴³ O *bayesianismo* é um modelo probatório que quantifica probabilisticamente o grau de certeza da prova na formação da convicção do julgador, tema esse que será abordado no capítulo seguinte.

⁴⁴ FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 36-37.

⁴⁵ Com esse pensamento, Chambers Jr. defende que “the presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt are mirror images. If guilt has not been proven beyond a reasonable doubt, the presumption of innocence requires acquittal; if guilt has been proven beyond a reasonable doubt, no presumption of innocence exists”. CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 672.

⁴⁶ CHAMBERS JR., Henry L. *Reasonable Certainty and reasonable doubt*. In: Marquette Law Review, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704, p. 671. Consequentemente, Zuckerman e Roberts esclarecem que “the objection to intermediate standards in criminal trials is not that they are inherently more vague than that ‘proof beyond reasonable doubt’, but that they demonstrate insufficient commitment to avoiding wrongful conviction of the innocent, and to that extent are incompatible with the foundational principles of criminal evidence”. (Zuckerman; Roberts: 2004, p. 366)

criminais. Ademais, nesse precedente jurisprudencial (*leading case*) firmou-se o entendimento de que o mencionado padrão probatório “fornece substância concreta para a presunção de inocência”.⁴⁷

Note-se que um dos pontos mais controvertidos sobre o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* repousa na divergência de posicionamentos a respeito da necessidade de que antes do início do julgamento pelo Tribunal do Júri nos Estados Unidos, os jurados sejam instruídos acerca do real significado da expressão “prova além de uma dúvida razoável” ou, se ao contrário, seria desnecessária a referida instrução deixando o jurado valorar a prova de acordo com a sua consciência amparada na íntima convicção.⁴⁸

Diante da referida controvérsia, cumpre salientar que os Estados norte-americanos ainda não possuem entendimento uniforme quanto à necessidade de explicação aos jurados da noção de “prova além de uma dúvida razoável”, sendo que a Suprema Corte norte-americana, apesar de não obrigar tal esclarecimento, exige que quando houver a mencionada orientação aos jurados, esta deverá se adequar ao “padrão constitucional de dúvida razoável”.⁴⁹

É justamente esse “padrão constitucional” de elevadíssimo grau de suficiência probatória no âmbito do processo penal que foi esclarecido no *leading case Miller vs. Minister of Pensions*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que “se a evidência é tão forte contra um homem a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor que pode ser descartada com a frase, ‘é claro que é possível, mas não no mínimo provável’, o caso está provado para além de qualquer dúvida razoável, mas nada menos do que isso será suficiente”.⁵⁰

Ocorre que a compatibilização da globalidade do arcabouço probatório produzido nos autos com esse “padrão constitucional de prova além de uma dúvida razoável” ainda continua gerando nebulosidade na compreensão do referido *standard*, diante da complexidade subjetiva do significado da expressão “dúvida razoável”, o que acaba acarretando a divergência de sua interpretação em cada Estado norte-americano.⁵¹

Inevitavelmente, a incerteza quanto ao real significado de “prova além de uma dúvida razoável” resulta em duas consequências paradoxais: a condenação de pessoas que não têm culpa além da dúvida razoável, podendo pouco destas serem

⁴⁷ NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 986.

⁴⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. In: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 15, Universidad de Alicante, 2007, p. 1-12, p. 2.

⁴⁹ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 67.

⁵⁰ MAY, Richard. *Criminal Evidence*, 5ª edição. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p.73-74.

⁵¹ Uma das maiores críticas doutrinárias ao “*proof beyond any reasonable doubt*” reside no fato de inexistir uma definição expressa desse *standard* probatório na legislação norte-americana que seja aplicável de modo uniforme a todos os Estados americanos. Nesse sentido, Newman sustenta que: “*rather, my point is that courts must do more than verbalize the “reasonable doubt” standard in jury instructions; they must make that standard an enforceable rule of law. There are several ways that courts could move beyond the current approach to reasonable doubt*”. NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 990.

inocentes; e, ao mesmo tempo, a absolvição de pessoas que possuíam culpa além da dúvida razoável, podendo muitas dessas serem de fato culpadas.⁵²

Não obstante, Newman observa que a explanação que é realizada mais usualmente aos jurados, nos julgamentos do Tribunal do Júri norte-americano, teve origem no *leading case Posey vs. State*, quando a “dúvida razoável” foi definida como “aquela que é capaz de gerar uma razoável hesitação no agir da pessoa, quanto a uma questão importante de sua vida pessoal”.⁵³

A nosso ver, concordamos com Gardner e Anderson quando pontuam que a noção mais clara de quantificação do nível de suficiência probatória exigido pelo *standard “proof beyond a reasonable doubt”* é aquela que foi utilizada no *leading case Victor vs. Nebraska*, ocasião na qual foi realizada a seguinte instrução aos jurados norte-americanos, antes do início do julgamento do Tribunal do Júri:⁵⁴

Prova além de qualquer dúvida razoável é a prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais, não se exige que a prova supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração de prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considerá-lo inocente.⁵⁵

Enfim, o *standard proof beyond a reasonable doubt* é um pressuposto imprescindível à valoração de um arcabouço probatório suficiente à condenação criminal. Isso porque, a sua utilização no processo penal visa fornecer ao julgador uma adequação do real significado da presunção de inocência, de modo a estabelecer no caso concreto o grau de suficiência probatória necessário à superação do obstáculo imposto pela decorrência lógica desse princípio constitucional, que é o *in dubio pro reo*.

Nesse contexto, importante mencionar o precedente jurisprudencial norte-americano *Kollock vs. State*, que pontuou que a utilização do referido *standard*

⁵² NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 980.

⁵³ NEWMAN, Jon O. *Beyond reasonable doubt*. In: New York University Law Review nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002, p. 982.

⁵⁴ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 80.

⁵⁵ A orientação realizada aos jurados naquela oportunidade é amplamente utilizada até hoje nos Estados Unidos em julgamentos criminais, e reproduz exatamente o teor da Instrução nº 21 do modelo-padrão de instruções aos jurados no Tribunal do Júri, elaborado pelo Centro Judicial Federal norte-americano. (*Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions: Report of the Subcommittee on Pattern Jury Instructions, Committee on the Operation of the Jury System, Judicial Conference of the United States, Second Edition, January, 1987*). Disponível em: <www.fjc.gov>

probatório no processo penal deveria observar obrigatoriamente dois parâmetros básicos: o primeiro, de que as provas circunstanciais aptas a conduzir o julgador ao veredicto condenatório devem necessariamente provar a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável; e o segundo, que esse *standard* probatório não exige a exclusão de todas as outras hipóteses possíveis, mas apenas as probabilidades razoáveis de inocência.⁵⁶

Em outras palavras, diante da impossibilidade de se alcançar uma verdade “absoluta” no processo penal, a regra de julgamento do *in dubio pro reo* somente deverá prevalecer sobre a acusação quando exista uma “dúvida razoável” na mente do julgador a respeito da responsabilidade penal do acusado. Se essa dúvida não for relevante, o réu não poderá dela se beneficiar.⁵⁷

Aliás, com esse posicionamento sobre o alcance do significado da expressão “dúvida razoável”, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, já teve a oportunidade de esclarecer que “o critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada ‘para além da dúvida razoável’ não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório”.⁵⁸

Por isso, torna-se necessário em qualquer julgamento criminal a realização dessa diferenciação racional, uma vez que “a dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um fato, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável”.⁵⁹

O fato é que, a partir da influência anglo-saxônica na adequação interpretativa do *in dubio pro reo*, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* passou a ser largamente utilizado em diversos sistemas jurídicos processuais penais do Mundo como um critério orientador demonstrativo de elevadíssima probabilidade da ocorrência do *factum probandum*, isto é, da comprovação da existência ou inexistência do fato principal, em torno do qual gira a controvérsia jurídica.

Exemplo notório de acolhimento formal do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* como uma ferramenta essencial à busca da verdade “aproximada” dos fatos é o Tribunal Penal Internacional, o qual, por meio do Estatuto de Roma, preceituou

⁵⁶ WIGMORE, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, volume IX. Boston: Little Brown Company, 1981, p. 378.

⁵⁷ STEIN, Alex. *Foundations of evidence Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 18. Sobre a extensão do termo “dúvida razoável”, Gardner e Anderson esclarecem que “dúvida razoável é menos do que uma ‘dúvida real substancial’, mas mais do que ‘uma mera possível dúvida’”. GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 65.

⁵⁸ Assim, “toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da ‘dúvida razoável’ em ‘certeza absoluta’”. Nos moldes do voto proferido pelo ministro Luiz Fux no bojo da Ação Penal do Supremo Tribunal Federal nº 470/2012 (Caso Mensalão). Disponível em: <www.stf.jus.br>

⁵⁹ Nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nº 347/10.8PATNV.C1, julgado em 09/05/2012. Disponível em: <www.dgsi.com.pt>

expressamente no artigo 66º, item 3, que, “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”.

Apesar de a positivação do *standard* probatório na mencionada legislação ter ocorrido apenas em 1998, é certo que o critério da prova além de uma dúvida razoável já tinha sido adotado na prática há muitas décadas pelo Tribunal Penal Internacional. Desde o primeiro julgamento da Corte de Haia, mais precisamente no caso *Corfu Channel*, em 1949, foi decidido que “a prova pode ser extraída de inferências de fato, desde que elas não deixem margem para dúvida razoável”.⁶⁰

Por fim, é importante salientar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também adota o referido *standard* na valoração da suficiência do arcabouço probatório como critério de convicção para condenação criminal, uma vez que “para avaliar a evidência, a Corte adota o *standard* de prova ‘para além da dúvida razoável’, adicionando que tal prova pode ser extraída da coexistência de inferências suficientemente fortes, claras e concordantes ou de similares presunções de fato não contestadas”.⁶¹

4. Aplicabilidade prática no sistema processual penal norte-americano do *standard proof beyond a reasonable doubt* como critério orientador do julgador na busca da verdade “aproximada” do fato criminoso

É fato notório que o sistema jurídico norte-americano adota o *Common Law* como fonte do Direito, baseando-se, precipuamente, nos costumes, para fundamentar as decisões judiciais. No tocante ao Direito Processual Penal existe uma peculiaridade específica que repousa na exigência da Suprema Corte norte-americana no sentido de o Estado possuir o ônus de comprovar a responsabilidade penal do réu de acordo com o *standard* probatório “*proof beyond a reasonable doubt*”.

Para ilustrar a aplicabilidade prática desse padrão probatório, nada é mais esclarecedor do que os casos concretos que envolvam a prática de crimes de alta complexidade cometidos por organizações criminosas. Isso porque a prova indireta, conhecida como *circumstantial evidence*, ganha extrema relevância nessa seara sendo considerada a fonte probatória primordial, por exemplo, nos crimes de lavagem de capitais decorrentes do crime antecedente de tráfico de drogas.

⁶⁰ Nos termos da decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, julgado em 9 de abril de 1949. O referido entendimento foi reafirmado mais recentemente pelo Tribunal Penal Internacional, no *leading case Prosecutor vs. Milomir Stakic*, caso nº IT-97-24-A, de 22 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.icj-clj.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4>>

⁶¹ De acordo com a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no *leading case Ireland vs. United Kingdom*, julgado pelo plenário da Corte em 18/01/1978, apelação nº 5310/71, § 161. No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reafirmou o seu entendimento nos casos *Salman vs. Turkey*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 27/06/2000, apelação nº 21986/93, § 100; *Labita vs. Italy*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 06/04/2000, apelação nº 26772/95, § 121; e *Stoian vs. Romania*, julgado pela Grande Câmara da Corte em 08/07/2014, apelação nº 33038/04, § 62. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/pors&c>>

Nesse sentido, a doutrina cita alguns *leading cases* da jurisprudência norte-americana, nos quais o contexto probatório foi considerado suficiente para fundamentar a sentença penal condenatória, diante da produção de prova além de uma dúvida razoável. Desse modo:⁶²

a) Em *United States vs. Abbel*, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001), decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem de capitais era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;

b) Em *United States vs. Calb*, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995), entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem de capitais faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar entorpecentes, pode-se concluir que o dinheiro utilizado na aquisição era proveniente de tráfico de drogas;

c) Em *United States vs. Reiss*, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999), a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;

d) Em casos como *United States vs. Hardwell*, 80 F. 3d 1471 (10th Cir. 1996), e *United States v. King*, 169 F. ed 1035 (6th Cir. 1999), decidiu-se que a falta de prova da proveniência dos recursos financeiros empregados era prova suficiente da origem criminosa dos valores utilizados.

Portanto, sem ter a pretensão de exaurir o tema da aplicabilidade prática no processo penal do *standard proof beyond a reasonable doubt*, em linhas gerais, pode-se afirmar com segurança que tanto a prova direta quanto a indireta (*circumstantial evidence*), isoladas ou conjuntamente, podem alicerçar de maneira suficiente a fundamentação do livre convencimento do julgador.

Contudo, a nosso ver, o pressuposto invariável de uma sentença penal condenatória em qualquer sistema judicial integrante de um Estado Democrático de Direito é a superação da dúvida razoável eventualmente existente em favor do réu, que por sua vez, deverá ser avaliada no caso concreto de acordo com as circunstâncias do fato delituoso.⁶³

⁶² CABRAL, José Santos. *Prova indiciária e as novas formas de criminalidade*. In: Revista Julgar, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33, p. 17.

⁶³ GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010, p. 80.

5. Considerações finais

O presente artigo teve por objetivo estimular uma maior incorporação no sistema processual penal brasileiro do *standard* da prova além de uma dúvida razoável, através da utilização mais frequente da referida ferramenta jurídica na fundamentação do livre convencimento do julgador, nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Isso porque, não há previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro do mencionado *standard* probatório.

Na contramão da tendência jurídica contemporânea de positivação e implementação do padrão da prova além de uma dúvida razoável, tal qual já ocorreu há séculos nos Estados Unidos, bem como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), é clara a constatação da necessidade premente de que a Comunidade Jurídica Brasileira realize uma releitura do significado e alcance da regra de julgamento do *"in dubio pro reo"*, para que seja desconsiderada pelo julgador toda alegação que levante "qualquer sombra de dúvida" porventura existente em favor do réu, incluindo-se, nesse contexto, as dúvidas insignificantes e/ou insipientes, que por vezes são exaustivamente manejadas no processo penal de forma dolosamente teratológica.

Infelizmente, com raríssimas exceções – como por exemplo, na Ação Penal nº 470/2012 do Supremo Tribunal Federal (caso que ficou conhecido como "Mensalão") – a jurisprudência brasileira não vem avançando significativamente na utilização prática do *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* no processo penal. Embora existam alguns votos e decisões no sentido da aplicabilidade processual dessa importante ferramenta de auxílio à formação da convicção do julgador, ainda há alguma resistência no tocante à necessidade de releitura do alcance do real significado da expressão *"in dubio pro reo"*.⁶⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, e tendo por fundamento o próprio artigo 66º, item 3 do Estatuto de Roma, Convenção Internacional ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4388/2002, entendemos que o grau de certeza probatória exigível no processo penal é o que se traduz no pensamento secular anglo-saxônico que sustenta que o nível de certeza probatória suficiente à condenação criminal é aquele que ostenta "prova além de uma dúvida razoável".

⁶⁴ Ressalte-se que a mencionada divergência jurisprudencial a respeito da aplicabilidade no processo penal do *standard* probatório *proof beyond any reasonable doubt* como um parâmetro de suficiência probatória é controversa no próprio Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, na Ação Penal nº 470/2012, que julgou o caso conhecido como "Mensalão", dois votos divergiram quanto ao tema. A favor da utilização do referido *standard* probatório no processo penal, a ministra Rosa Weber acentuou em seu voto que "certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável". Em sentido contrário, a ministra Carmén Lúcia ponderou que "a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente". De acordo com o teor dos votos proferidos no bojo da Ação Penal nº 470/2012 (Caso Mensalão), julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>

Em tempos em que a Sociedade Brasileira, por razões diversas, nutre uma sensação de impunidade e desconfiança sobre a efetividade do Sistema de Justiça Penal, sobretudo em decorrência do aumento contínuo da criminalidade violenta no país sem a imposição de uma resposta Estatal proporcional ao mal praticado, talvez seja o momento adequado de concretizar a Justiça com Garantismo Penal, porém, rechaçando de vez, teses jurídicas que a pretexto de escudar-se nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, na realidade, estão a defender o Abolicionismo Penal, o que a nosso ver é totalmente descabido e irrazoável.

Ressalta-se assim, a importância do *standard* probatório “*proof beyond a reasonable doubt*”, sendo certo que acreditamos veementemente que a noção da expressão “prova além de uma dúvida razoável” vincula-se intimamente com a “presunção de inocência” e com o “*in dubio pro reo*”, de maneira que a utilização simultânea desses três elementos principiológicos durante a formação do convencimento constitui a “receita básica” para que o julgador possa motivar precisamente a sua convicção baseando-se na ponderação do peso das provas produzidas no bojo do processo penal.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/?page_id=36>

BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CABRAL, José Santos. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. In: *Revista Julgar*, nº 17, maio/agosto, 2012, p. 13-33.

CAFFERATA NORES, José I.; CÓPPOLA, Patrícia. *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Traduzido para o português por Eduardo Cambi. In: *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 9, julho/setembro, 1998, p. 606-609.

CHAMBERS JR., Henry L. Reasonable Certainty and reasonable doubt. In: *Marquette Law Review*, 1998, Volume 81, nº 3, p. 655-704.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. In: *The American journal of comparative law*, volume 50, 2002.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*, 7ª edição. Traduzido para o português por Érico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DENNIS, Ian H. *The law of evidence*, 2ª edição. London: Sweet & Maxwell, 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable. In: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, Universidad de Alicante, 2007, p. 1-12.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Traduzido para o espanhol por P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, ejemplar dedicado a XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 2007, p.1-6. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FLETCHER, G. P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Traduzido para o espanhol por Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry. M. *Criminal evidence principles and cases*. 7ª edição, New York: Wadsworth, 2010.

GARRAUD, René. *Traité théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, tomo I. Paris: Recueil Sirey, 1907.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: Bases argumentativas de la prueba*, 3ª edição. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, volume 2, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUZMÁN, Nicolas. *La verdad em el proceso penal: uma contribuição a la epistemologia jurídica*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Traduzido para o português por André Campos Mesquita. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. *Truth, error and Criminal Law. An essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Cuyo, 2001.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª edição. Traduzido para o português por J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III. Traduzido para o espanhol por Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1952.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007.

MAY, Richard. *Criminal Evidence*, 5ª edição. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado General de la Prueba en Materia Criminal*, 3ª edição. Traduzido para o espanhol por Pedro Aragoneses Alonso. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.

NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia – técnica de persuasão*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEWMAN, Jon O. Beyond reasonable doubt. In: *New York University Law Review* nº 979, volume 68, novembro, 1993, p. 979-1002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 7ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Simplemente la verdad. El juez y la contrucción de los hechos*. Traduzido para o espanhol por Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *A Prova*. Traduzido para o português por João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WIGMORE, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, volume IX. Boston: Little Brown Company, 1981.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Traduzido para o português por Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2013.

ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Novo arquivamento de procedimentos criminais

Renee do Ó Souza*

Caroline de Assis e Silva Holmes Lins**

Ana Flávia Assis Ribeiro***

Sumário

Introdução. 1. O fundamento do arquivamento por ausência de fundamento para a ação penal. 2. A comunicação do arquivamento: autoridade policial, investigado, juiz competente e vítima. 2.1. Comunicação à autoridade policial. 2.2. Comunicação ao investigado. 2.3. Comunicação à vítima. 2.4. Comunicação ao juiz competente. 3. Juízo de retratação da decisão de arquivamento. 4. Acionamento e papel da instância de revisão. 5. A nova sistemática de arquivamento, os termos circunstanciados e as notícias de fato. 6. A extinção da punibilidade na fase pré-processual. 7. Desarquivamento e a nova sistemática do art. 28 do CPP. 8. Conclusões. Referências.

Resumo

A nova sistemática de arquivamento dos procedimentos criminais redefine os papéis do Ministério Público (MP) e da vítima no processo penal. Este estudo analisa a abordagem do CPP, decisões do STF e a Resolução CNMP 181/2017, destacando o aumento da responsabilidade do MP e a redução da intervenção judicial no ato de arquivamento dos procedimentos investigatórios. Conclui-se que a valorização da vítima e o fortalecimento do MP, com menor participação judicial, configuram um modelo mais eficiente e justo, demandando atuação criteriosa para aprimorar a justiça penal brasileira.

Palavras-chave: Nova sistemática de arquivamento. Resolução CNMP 181/2017. Intervenção Judicial.

Introdução

As alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 foram significativas, abrangendo também aspectos relacionados ao arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos correlatos. Essas mudanças visavam,

* Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos. Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso. Professor e autor de obras jurídicas.

** Especialista em Direito Penal e Processual Penal e pós-graduanda em análise criminal e ciências criminais e segurança pública. Promotora de Justiça do Estado do Mato Grosso.

*** Pós-graduada em compliance e direito corporativo. Promotora de Justiça do Estado do Mato Grosso.

principalmente, excluir o eventual controle judicial sobre o ato de arquivamento, substituindo-o por uma revisão obrigatória de todos os arquivamentos por uma instância superior do Ministério Público.

Em agosto de 2023, contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 9.299, 6.300 e 6.305, dando interpretação conforme ao art. 28 do CPP recém-alterado. O STF decidiu que, mesmo sem previsão legal expressa, o Ministério Público possui o dever de submeter sua manifestação de arquivamento à autoridade judicial competente, além de comunicá-la à vítima, ao investigado e à autoridade policial. A Corte ainda decidiu pela inexistência de obrigatoriedade de encaminhamento dos autos para o Procurador-Geral de Justiça (PGJ) ou para a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR).

Com o objetivo de regulamentar e clarificar essas alterações, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou, em 16 de abril de 2024, a nova Resolução n.º 289, que altera a Resolução CNMP n.º 181/2017 e uniformiza a nova sistemática de arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos correlatos.

O objetivo geral deste artigo é analisar alguns aspectos dessa nova sistemática de arquivamento, bem como suas implicações jurídicas e práticas a fim de avaliar como essas mudanças podem contribuir para uma maior eficiência e transparência no arquivamento de procedimentos criminais, fortalecendo o controle interno do Ministério Público e garantindo uma revisão mais robusta e criteriosa desses atos. Essa análise permitirá identificar os benefícios e as possíveis limitações da nova sistemática, oferecendo subsídios para futuras discussões e aperfeiçoamentos na legislação e na prática processual penal.

1. O fundamento do arquivamento por ausência de fundamento para a ação penal

A nova redação do art. 19 da Resolução CNMP 181/2017, introduzida pela Resolução CNMP 289/2024, conforme mencionado anteriormente, mantém-se em conformidade com a sistemática imposta pela Lei 13.964/2019 e pela decisão das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 do STF. Assim, embora ainda permita algum grau de controle judicial sobre este ato, o qual será analisado posteriormente, inegavelmente fortalece o protagonismo do Ministério Público, visto que a eventual revisão ou homologação dessa decisão será realizada, doravante, exclusivamente pelo próprio MP.

A Resolução amplia significativamente um ponto considerado desprovido de previsão legal, que diz respeito aos fundamentos autorizadores para a promoção do arquivamento de um procedimento criminal. Isso porque, acertadamente, as hipóteses de arquivamento desses procedimentos não estão explicitamente elencadas no Código de Processo Penal.

A doutrina sempre indicou, com algumas variações, que as hipóteses que autorizam tal ato são: a) atipicidade; b) excludente de ilicitude/culpabilidade; c) causa extintiva da punibilidade; d) ausência de elementos informativos quanto à autoria e materialidade (ausência de justa causa).

A acertada ausência de previsão expressa dessas hipóteses no Código de Processo Penal confere ao Ministério Público uma cognição voltada para um prognóstico de viabilidade e necessidade da ação penal, juízo que parece estar contido na redação do novo art. 19 da Resolução n.º 181/2017, que dispõe:

Art. 19. Se o membro do Ministério Público responsável pelo inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou quaisquer elementos informativos de natureza criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, nos termos do art. 17, decidirá fundamentadamente pelo arquivamento dos autos.

Como se observa, desde que o Ministério Público conclua que não há razões para iniciar a ação penal, pode promover o arquivamento do caso. Esse poder abrange as hipóteses tradicionais e permite um prognóstico mais amplo, compatibilizando a atuação ministerial com um procedimento alinhado com medidas de política criminal que busquem o alívio do sistema justiça, priorizando casos mais graves e de maior relevância em detrimento de infrações menos significativas.

Essa abordagem permite ao Ministério Público exercer uma análise mais qualificada, considerando não apenas os aspectos jurídicos em sentido estrito, mas também diretrizes de política criminal e institucionais voltadas ao aprimoramento no enfrentamento da criminalidade e à tutela penal qualificada de interesses públicos e sociais relevantes. Ganha protagonismo a integração dos planos e diretrizes de atuação da instituição, apta a elevar a atuação automatizada a uma que atenda às finalidades valorativas do direito penal moderno. Nesta direção, aponta Paulo Busato (p. 118-119):

Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, onde decide a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídica.

Vivemos em um momento de superação de um modelo de sistema jurídico-penal encerrado em grades ontológicas, para a passagem a um Direito penal “vivo”, que tem em conta sua capacidade de dar uma adequada resposta social ao problema da criminalidade (sua funcionalidade). Assim, que é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro “filtro” das questões que doravante tendem a ser postas em discussão.

A *ausência de fundamento para o exercício da ação penal* mencionada pela Resolução comporta uma maior flexibilidade para decidir sobre casos de arquivamento, o que possibilita uma seleção mais acurada de casos que deverão ser objeto de provimentos ministeriais. Isso fortalece a capacidade institucional de atuar planejadamente, como protagonista da política pública de segurança pública¹, de modo a lidar com a prevenção e repressão criminal frente aos delitos de maior impacto social, em prejuízo das infrações menos graves. Essa parece ser também a percepção do Enunciado 8 emitido pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que dispõe:

A nova redação do artigo 28 do Código de Processo Penal, em harmonia com o princípio acusatório, dispõe que o arquivamento do inquérito policial não se reveste mais de um mero pedido, requerimento ou promoção, mas de verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade, tendo em vista o interesse público e as diretrizes de política criminal definidas pelo próprio Ministério Público.

Essa abertura para considerações gerais que abrangem outras hipóteses de arquivamento de procedimentos criminais, com base em critérios de prioridades persecutórias, dada a vasta quantidade de crimes praticados em nosso país, se não contempla integralmente, ao menos sugere a oportunidade do direito de ação penal. Modernamente, a oportunidade da ação penal deve ser entendida como a possibilidade de o Ministério Público optar por não iniciar um processo, mesmo diante da notícia de um fato punível ou provas de sua prática, desde que essa decisão seja tomada por motivos de utilidade social ou razões político-criminais, de forma temporária ou definitiva, condicional ou incondicional².

Ademais, as medidas previstas na legislação que permitem ao juiz competente e à vítima insurgirem-se contra a decisão reduzem significativamente os riscos de uma atuação subjetiva e incontrolável do membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento. A possibilidade de revisão serve como um mecanismo de controle, assegurando que a atuação do Ministério Público esteja alinhada com as diretrizes da instituição. Isso elimina arbitrariedades e subjetivismos incontroláveis, tornando essa oportunidade devidamente regrada e supervisionada.

¹ GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. Ministério Público e políticas públicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 23-46, 2009.

² Sobre o tema, vale a leitura do texto: SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, edição 34, jul.-dez./2017, p. 35-49.

2. A comunicação do arquivamento: autoridade policial, investigado, juiz competente e vítima

A nova sistemática de arquivamento de procedimentos criminais impôs ao Ministério Público o dever de comunicar esse ato à autoridade policial, ao investigado, ao juiz competente e à vítima, o que desafia uma série de considerações importantes.

Insta, inicialmente, destacar que a nova sistemática processual, ao ampliar o rol de pessoas que tomam conhecimento da decisão de arquivamento, privilegia uma participação mais abrangente e democrática dos interessados na persecução penal. Além de suprir o suposto déficit de legitimação democrática comumente atribuído a instituições públicas independentes, essa sistemática, em certa medida, se alinha aos princípios da Teoria da Ação Comunicativa, elaborada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas. Explica-se.

Ao determinar a participação dos agentes diretamente envolvidos no crime – ou seja, a autoridade policial, o investigado, o juiz competente e a vítima – a resolução não apenas amplia o círculo de transparência e controle sobre a decisão de arquivamento, mas também valoriza a ideia de um processo decisório que se baseia na comunicação e no diálogo entre os diversos sujeitos. A inclusão desses agentes na fase de arquivamento fomenta uma troca de ideias e informações, promovendo uma forma de justiça mais participativa e integrada.

A teoria de Habermas é, precipuamente, uma teoria discursiva de integração social erigida em pilares democráticos, de sorte que a resolução de conflitos deve ser discutida entre os sujeitos sociais, possibilitando que todos aqueles que forem potencialmente atingidos pela decisão tenham o poder de nela influir³. Assim, ao conceder ao juiz de direito e à vítima a possibilidade de provocar a instância revisional do Ministério Público, consagra-se a legitimidade democrática do Direito, que passa, doravante, a exercer o poder de influir na decisão de arquivamento, rompendo com a concepção metafísica do Direito, originária do opus kantiano.

A multiplicidade de pessoas receptoras da comunicação de arquivamento, que permite uma ampliação em pedidos de revisão dessa decisão é fundamental no contexto da previsão constitucional da privatividade da ação penal pública conferida ao Ministério Público por várias razões, relacionadas tanto ao papel constitucional desta instituição quanto à garantia de justiça e eficácia do sistema penal.

Isso porque, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 129, confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, o que significa que cabe a ele a responsabilidade de promover ações penais em nome do Estado quando houver indícios suficientes da prática de um crime. Essa prerrogativa é um reconhecimento do papel essencial do MP na defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e da fiel observância das leis. A possibilidade de revisão de um arquivamento assegura que nenhuma decisão

³ Sobre a razão comunicativa e o direito de Jürgen Habermas, vale o estudo da obra: BITTAR, Eduardo Costa Bianca. Curso de filosofia do direito. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

precipitada ou inadequada de arquivamento impeça a responsabilização penal de alguém que realmente cometeu um crime. Novas provas ou a reavaliação de provas existentes podem revelar que a decisão de arquivamento não era a mais adequada, permitindo que a justiça seja efetivamente realizada, o que reforça a transparência e a responsabilidade do Ministério Público, ao garantir que suas decisões possam ser revisadas e corrigidas, se necessário. Trata-se de ferramenta crucial para assegurar que o sistema penal funcione de maneira justa e eficaz, honrando a confiança depositada no MP como titular exclusivo da ação penal pública e garantindo que todos os crimes sejam devidamente investigados e processados.

2.1. Comunicação à autoridade policial

A primeira pessoa a ser notificada sobre o arquivamento do procedimento criminal, conforme estabelece a norma, é a autoridade policial que presidiu a investigação. Esta comunicação deve ocorrer no prazo de cinco dias a contar da ciência da decisão pelo juiz competente, e deve ser realizada preferencialmente por meio eletrônico.

A importância desse ato transcende a mera formalidade, desempenhando funções significativas para a eficácia e a transparência do sistema de justiça penal. A comunicação ao Delegado de Polícia assume uma importância central no cruzamento de dados e no aprimoramento das políticas de segurança pública. Ao compartilhar com a Polícia Judiciária Civil as conclusões do Ministério Público, este ato contribui para o enriquecimento dos bancos de dados institucionais e possibilita um melhor alinhamento entre as ações dos órgãos envolvidos na persecução penal. O compartilhamento de informações e conclusões não apenas promove a integração institucional entre o Ministério Público e a polícia, mas também fomenta uma cultura de colaboração mútua e reflexão crítica sobre o processo investigativo.

Mais do que uma mera formalidade, a comunicação ao Delegado de Polícia serve como um mecanismo de controle e de aprimoramento contínuo das práticas investigativas. Ao informar o Delegado sobre os fundamentos que levaram ao arquivamento, a norma propicia uma oportunidade para a reflexão e o feedback construtivo, permitindo que o Ministério Público ofereça orientações sobre a qualidade das investigações e identifique possíveis áreas para melhorias nas futuras abordagens investigativas.

Portanto, a comunicação do arquivamento ao Delegado de Polícia vai além de uma exigência procedimental; é um componente fundamental para a integração e a eficiência do sistema de justiça criminal.

Para concluir, é importante registrar que, no contexto de procedimentos investigativos não conduzidos por autoridade policial, a comunicação aos respectivos condutores da investigação é dispensável, conforme previsto no § 5º do art. 19-A da Resolução CNMP 181/2017. Por exemplo, investigações de infrações fiscais ou

tributárias realizadas pela Receita Federal que servem para instruir um determinado procedimento investigatório não exigem essa comunicação.

No entanto, embora não seja exigível, essa providência é facultada, especialmente porque pode servir para a troca de informações, evitar duplicidade de esforços e contribuir para uma investigação mais eficiente e coordenada, sem comprometer a autonomia dos procedimentos conduzidos por entidades distintas.

2.2. Comunicação ao investigado

A comunicação ao investigado sobre o arquivamento de uma investigação criminal é fundamental para garantir o direito à informação sobre sua situação processual, permitindo-lhe a tranquilidade necessária para prosseguir com sua vida sem a preocupação de uma possível acusação futura. Com essa informação, o investigado pode buscar novas oportunidades de trabalho, tomar providências contra eventuais calúnias e iniciar o processo de recuperação de sua reputação, entre outras medidas.

Embora a comunicação ao investigado seja necessária para assegurar seu direito à informação, ela não deve ser considerada como um desdobramento do contraditório. Isso se deve ao fato de que os procedimentos investigativos, por sua própria natureza, não comportam o contraditório em sua fase preliminar. Portanto, não é razoável supor que, no momento do arquivamento, o investigado possa influenciar a decisão do órgão revisional. Se o investigado não tem a oportunidade de se defender para a formação da *opinio delicti*, igualmente não deve ter a possibilidade de modificar o convencimento do órgão revisional.

De acordo com o art. 19, § 4º, da Resolução 181/17, a notificação ao investigado sobre o arquivamento da investigação deve ser realizada preferencialmente por meio eletrônico, dentro do prazo de 5 (cinco) dias. Caso o investigado não seja localizado, a comunicação poderá ser efetuada por meio de edital publicado no Diário Oficial do respectivo Ministério Público, conforme a regulamentação aplicável.

Se o investigado estiver preso, o prazo para essa notificação é reduzido para 24 (vinte e quatro) horas, sem prejuízo de eventual pedido de revogação da prisão, conforme estipulado no art. 19, § 3º, da mesma resolução.

2.3. Comunicação à vítima

Uma das inovações significativas introduzidas por esta sistemática é a comunicação à vítima acerca da decisão de arquivamento da investigação preliminar. Desde 2008, com a promulgação da Lei nº 11.719/08, o Código de Processo Penal sofreu uma alteração substancial com a inserção do art. 201, § 2º, que instituiu a obrigatoriedade de comunicação ao ofendido sobre atos processuais relevantes, como a sentença condenatória. Esta emenda legislativa marcou o início de um processo de valorização da vítima no âmbito do direito processual penal brasileiro, destacando sua relevância e participação dentro do sistema judicial.

O Pacote Anticrime, ao estabelecer a comunicação da decisão de arquivamento, prossegue nesta mesma senda, consolidando e ampliando a visibilidade da vítima no processo penal. Esta mudança normativa reflete uma abordagem mais inclusiva e equitativa, que busca reconhecer e afirmar o papel da vítima na esfera penal, conforme as diretrizes estabelecidas pela Resolução n.º 40/34 da ONU. Esta resolução, que estabelece os princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas, define a vítima como qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos, que tenha sofrido um dano físico, econômico, mental ou emocional em virtude de um ato criminoso.

De acordo com a Resolução n.º 243 do CNMP, a vítima é classificada em direta, aquela que sofreu diretamente o dano, e indireta, compreendendo os familiares de até terceiro grau da vítima direta, desde que mantidos vínculos de convivência, cuidados ou dependência no caso de morte ou desaparecimento decorrente de crime, ato infracional ou calamidade pública. Assim, a comunicação da decisão de arquivamento deve primariamente alcançar a vítima direta, sendo que, em casos de impossibilidade, como no falecimento ou desaparecimento da vítima direta, a comunicação deverá ser estendida às vítimas indiretas, proporcionando-lhes a oportunidade de interpor eventual impugnação.

Nos casos em que o Estado figura como vítima, a comunicação da decisão de arquivamento deve ser realizada junto à chefia do órgão responsável pela representação judicial do Estado, conforme prescrito pelo art. 28, § 2º, do Código de Processo Penal. Em crimes contra pessoas jurídicas, a notificação deve ser dirigida aos representantes legais conforme os contratos ou estatutos da entidade, ou, na ausência de disposições, aos seus diretores ou sócios-gerentes, conforme estipulado pelo art. 37 do CPP.

Em relação aos crimes vagos, que, por sua própria natureza, não atingem diretamente indivíduos específicos, é possível, em certos contextos, identificar grupos sociais, comunidades ou organizações que possam ser impactados pela conduta criminosa. Especialmente nos crimes que tutelam interesses difusos e coletivos, como previsto na Lei nº 7.347/1985, pode-se reconhecer legitimidade para que tais grupos sejam notificados sobre a decisão de arquivamento.

A comunicação para a vítima, que deve ser feita no prazo de 5 (cinco) dias a partir da decisão, garantindo a adequada ciência do arquivamento, deve ser realizada de maneira clara, acessível e respeitosa. A clareza e a acessibilidade na comunicação são essenciais para garantir que a vítima ou seus representantes compreendam adequadamente a decisão do Ministério Público e suas implicações, sob pena de mal-entendidos, dúvidas e sensação de injustiça. O respeito na comunicação é igualmente indispensável, pois diz respeito ao modo como a vítima deve ser abordada, exigindo que o ato não a transtorne ou cause mais sofrimento.

Respeitar a vítima significa não apenas comunicar a decisão de forma compreensível, mas também fazê-lo com dignidade e consideração, reconhecendo o impacto emocional e psicológico que ela pode ter. A comunicação deve ser feita

de forma a minimizar qualquer angústia adicional e a promover a compreensão do desfecho do processo de maneira sensível e empática. A abordagem respeitosa contribui para que a vítima não se sinta desconsiderada ou desrespeitada pelo sistema de justiça, o que é vital para preservar a confiança nas instituições e garantir que a vítima sinta que seus direitos estão sendo respeitados, mesmo em face da decisão de arquivamento.

No caso de interposição de pedido de revisão, este deverá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias, sem exigência de advogado, técnica jurídica ou fundamentação específica, bastando para tanto a manifestação da discordância em relação à decisão de arquivamento.

Quando a comunicação não puder ser efetivada a partir de contatos diretos, a cientificação poderá ser realizada por meio eletrônico, sempre que possível. Finalmente, na eventualidade de não serem localizadas vítimas diretas ou indiretas, o Ministério Público deverá promover a publicação de edital apropriado, conforme previsto para tais situações.

Um último ponto deve ser consignado: a previsão legal que exige a comunicação obrigatória do arquivamento para o ofendido e a possibilidade de interposição do pedido de revisão não autoriza a suposição de uma transferência para ele, ainda que parcial, do *jus puniendi* estatal. Essa nova regra visa assegurar maior transparência e participação das vítimas no processo penal, permitindo que elas sejam informadas sobre o desfecho das investigações e possam, se assim desejarem, solicitar a revisão do arquivamento. No entanto, é importante destacar que essa medida não confere às vítimas a capacidade de exercer a persecução penal e o poder punitivo do Estado, que permanece sob a exclusividade das autoridades competentes. A comunicação e a possibilidade de revisão são mecanismos que reforçam os direitos das vítimas sem alterar a essência do monopólio estatal sobre a aplicação das sanções penais.

Por isso continuam válidos os precedentes jurisprudenciais que reconhecem a impossibilidade de a vítima, depois de proferida uma decisão de arquivamento de um procedimento criminal, propor uma espécie de ação penal subsidiária⁴.

2.4. Comunicação ao juiz competente

Entendendo o Ministério Público pela *opinio delicti* negativa e, consequentemente, pelo arquivamento da investigação, a comunicação dessa decisão será feita ao juiz de forma eletrônica, a quem caberá, nos termos do que prevê o art. 19, § 1º, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, em caso de ilegalidade ou teratologia, provocar a instância de revisão. Esse entendimento foi construído pelo Supremo

⁴ Neste sentido: [...] Arquivamento promovido pelo membro do Ministério Público e determinado pela autoridade judiciária. Interesse da vítima na propositura da ação penal. [...] O Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo a ele aferir a presença de justa causa, ressalvada a hipótese prevista pelo art. 28, do CPP. Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito. [...] (Recurso em Mandado de Segurança n.º 44.025-DF, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 18.2.2014, publicado no DJ em 21.2.2014).

Tribunal Federal em interpretação conforme à Constituição ao art. 28 do CPP, no julgamento das ADI 6.298/DF, ADI 6.299/CF, ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu em seu acórdão:

XX. por maioria, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei; XXI. por unanimidade, atribuir interpretação conforme ao § 1º do art. 28 do CPP, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento. (STF. Plenário. ADI 6.298/DF, ADI 6.299/CF, ADI 6.300/DF, ADI 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 24/08/2023 (Info 1106).

De forma simplificada, entende-se que haverá ilegalidade quando o arquivamento não encontrar respaldo na legislação vigente, ao passo que haverá teratologia quando a fundamentação apresentar contradição em relação à conclusão.

Cumpra destacar que a expressão “teratologia” não é inédita no arcabouço jurídico. O termo, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Resolução n.º 181/2017 do CNMP, também é encontrado na Súmula 665 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe sobre o controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar:

Súmula 665, STJ – O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada.

Em nota, esclarece a Corte Cidadã que “chama-se de teratológica uma decisão absurda, juridicamente aberrante⁵”.

⁵ <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14122023-Primeira-Secao-aprova-sumula-sobre-controle-jurisdicional-do-processo-administrativo-disciplinar.aspx>

Em que pese o uso de conceito jurídico indeterminado e, por conseguinte, o risco de dispersão hermenêutica, fato é que o controle jurisdicional sobre a decisão de arquivamento do Ministério Público, enquanto titular da ação penal, encontra mais limitações do que aquele realizado pela vítima. Isso porque a vítima, sem necessidade de defesa técnica e não estando restrita às hipóteses de ilegalidade e/ou teratologia, pode provocar, com mais liberdade, a revisão da decisão de arquivamento à instância revisora ministerial.

De qualquer modo, os novos contornos do arquivamento otimizam a fiscalização democrática e a *accountability* horizontal e vertical da atividade persecutória, sendo eloquente as ponderações de Vladimir Aras⁶:

Ademais, o redesenho do modelo de arquivamento favorece a segurança na tomada da decisão de não acusar, que continua a cargo do “promotor natural”, mas sujeita a revisão obrigatória, num sistema de controle que confere *accountability* horizontal e vertical à sua deliberação, na medida em que a vítima poderá apresentar objeções ao arquivamento e o investigado, também ele, poderá arrazoar em favor da manutenção da decisão homologada, na qual se optou por não o denunciar. (ARAS, 2020)

A modelagem conferida por esta norma, construída em parte pelo Legislativo e em parte pela Suprema Corte, repristina a possibilidade de controle dos atos praticados pelos membros do Ministério Público pelo juiz atuante no caso, denominada por alguns de princípio da devolução. São inúmeras as remissões feitas a esta hipótese, como as previstas no art. 28-A, § 14, e no art. 384, § 1º, ambos do Código de Processo Penal (CPP), além da Súmula n.º 696 do Supremo Tribunal Federal (STF), que dispõe que “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Deve-se destacar, conforme decidido pela Suprema Corte que “se o juiz entender que a manifestação de arquivamento foi correta, ele não precisa proferir decisão homologatória. Basta se manter inerte.” (Plenário. ADI 6.298/DF, ADI 6.299/DF, ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 24/08/2023 (Info 1106)). Isso significa que mesmo adicionando o juiz nesta etapa do procedimento de arquivamento, porque receptor da comunicação de arquivamento e possível agente provocador de sua revisão, contrariando a redação original conferida ao art. 28 do CPP pela Lei 13.964/2019, o Supremo Tribunal Federal reconhece a desnecessidade de qualquer tipo de provimento jurisdicional confirmatório nesta etapa. Com essa

⁶ ARAS, Vladimir. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. Revista Consultor Jurídico, 12 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos/>. Acesso em: 30 jun. 2024.

nova interpretação, o juiz não precisa mais proferir uma decisão formal caso concorde com o arquivamento proposto pelo Ministério Público. Sua inércia, neste contexto, implica a concordância tácita com a decisão do MP, permitindo que o arquivamento se torne efetivo de maneira mais ágil e eficiente.

Essa abordagem tem vários benefícios. Primeiro, ela acelera o processo de arquivamento, reduzindo o tempo que casos sem viabilidade penal permanecem no sistema. Segundo, alivia a carga de trabalho dos juízes, permitindo que se concentrem em casos que realmente necessitam de uma intervenção judicial. Terceiro, reforça a autonomia do Ministério Público na condução da ação penal pública, alinhando-se com a previsão constitucional de que o MP é o titular exclusivo dessa ação.

Trata-se de um arranjo mais condizente com o princípio acusatório (CPP, art. 3º-A), reforçado internacionalmente pela *soft law*, como os Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial (2002) e os Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público, adotados pelas Nações Unidas durante a 8ª Conferência para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes (Cuba, 1990), que preconizam a imperativa separação de funções no processo penal.

Assim, na ausência de provocação por parte da vítima ou do juiz, o arquivamento se configura como ato administrativo do promotor de justiça. Por outro lado, quando submetido à instância revisional, adquire a natureza de ato administrativo composto, envolvendo mais de uma manifestação de vontade, permitindo ao órgão revisor estabelecer uma diretriz político-criminal dentro de cada Ministério Público (conforme estabelecido pelo art. 19-D da Resolução).

Em todo caso, compete à instância de revisão ministerial proferir a decisão final sobre o arquivamento realizado pelo promotor natural, reafirmando, simultaneamente, o princípio acusatório e a resistência à ressurreição do processo penal inquisitorial.

3. Juízo de retratação da decisão de arquivamento

Prevê o art. 19-A, § 7º, da Res. 181/2017 CNMP a possibilidade de retratação do promotor responsável pelo arquivamento:

§ 7º Havendo provocação pelo juízo competente para revisão da decisão de arquivamento, em caso de teratologia ou patente ilegalidade, o membro do Ministério Público poderá exercer o juízo de retratação, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da ciência. Não havendo retratação, o membro do Ministério Público aguardará o fim do prazo para interposição de recurso pela vítima para encaminhar os autos à instância de revisão.

Nesse prisma, a sistemática da Resolução oportuniza a reconsideração da decisão de arquivamento, hipótese em que o membro do *Parquet* revê a sua decisão

anterior e retoma a análise do caso, seja para promover a retomada da persecução, mediante realização de mais diligências investigativas, seja mediante o oferecimento do acordo de não persecução penal ou da denúncia criminal.

O juízo de retratação ministerial atenua o abarrotamento no Ministério Público e no Poder Judiciário ao mesmo tempo em que concretiza a celeridade, o pragmatismo, a economia e a racionalidade da atuação do Ministério Público ainda na fase administrativa, dispensando, outrossim, a necessidade de um *longa manus*.

Havendo pedido de revisão por parte da vítima ou do magistrado, é desnecessário que o investigado seja notificado para apresentar contrarrazões. Além da falta de previsão legal neste sentido, deve-se recordar que os procedimentos criminais apuratório têm natureza administrativa, não ostentando, pois, natureza processual razão pela qual não pressupõe o exercício da atividade postulatória, não é dotado de partes, não é jurisdicionalizado e prescinde da observância do contraditório e da ampla defesa⁷.

4. Acionamento e papel da instância de revisão

Após a submissão da decisão de arquivamento ao magistrado competente e às vítimas, na hipótese de haver requerimento de revisão por qualquer uma dessas partes, surgem duas alternativas para o membro do Ministério Público responsável pelo caso: ele pode manter a decisão de arquivamento, ocasião em que os autos serão remetidos à instância de revisão, ou, no prazo de cinco dias, reconsiderar a decisão e retomar a persecução penal, seja mediante a indicação de novas diligências, seja propondo um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), seja oferecendo denúncia criminal.

Consoante o § 8º do art. 19-A da resolução, em caso de retratação pelo membro do Ministério Público, a vítima deverá ser comunicada no prazo de cinco dias, medida que resguarda o direito fundamental à informação do ofendido, conforme preceituado na Resolução CNMP n.º 243, de 18 de outubro de 2021.

Caso o membro do Ministério Público não se retrate da decisão de arquivamento, ele deverá, no prazo de dez dias, remeter o caso à instância de revisão. A expressão “instância de revisão” foi utilizada na redação do art. 28 do Código de Processo Penal e pela nova Resolução n.º 289/2024, com o objetivo de abranger as particularidades e diferenças entre os Ministérios Públicos Estaduais (MPE) e o Ministério Público da União (MPU). No âmbito do MPE, conforme dispõe o art. 10, IX, “d”, da Lei 8.625/1993, a instância de revisão é o Procurador-Geral de Justiça. Neste sentido é o Enunciado 17 PGJ-CGMP LEI 13.964/19 do MPSP: A instância de revisão ministerial do arquivamento de inquérito policial, termo circunstanciado, procedimento investigatório criminal,

⁷ O professor Gustavo Badaró sustenta que, embora o inquérito policial seja um procedimento conduzido sem contraditório, permite o exercício da ampla defesa, ainda que em situações pontuais como na assistência do defensor ao acusado, na possibilidade de requerer atos de investigação à autoridade policial e na impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança, entre outros atos. (BADARÓ, Gustavo Henrique, Processo Penal. 10ª ed. São Paulo: Thompson Reuters. 2022, p. 140).

peças de informação de natureza criminal e recusa de acordo de não persecução penal é o Procurador Geral de Justiça. Já no MPU, essa atividade é desempenhada pela respectiva Câmara Criminal de Coordenação e Revisão, nos termos dos arts. 58, 132 e 167 da Lei Complementar 75/93. Importa esclarecer que não é cabível atribuir a outros órgãos, como o Conselho Superior do Ministério Público, essas atribuições, uma vez que estas já estão definidas pelas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos, que exercem poder de conformação geral imodificável por meio de normas regulamentadoras.

Tais previsões legais são acertadas, uma vez que a análise dos arquivamentos dos procedimentos investigatórios deve revestir-se de uma coesão e coerência político-criminal, elaborada de forma homogênea pelo Ministério Público. A distribuição de critérios díspares, especialmente no que tange ao princípio da insignificância, entre diversos centros de decisão, levaria a uma atuação fragmentada e desarticulada da instituição, causando insuportável insegurança jurídica e afetando negativamente a segurança pública.

Eis por que a nova resolução prevê, em seu art. 18-D, que o órgão de revisão ministerial poderá constituir jurisprudência própria, mediante súmulas, enunciados e orientações, especialmente em matérias repetitivas, cujo conteúdo servirá de fundamento para a decisão de arquivamento pelos órgãos de execução, bem como para estabelecer uma diretriz político-criminal no âmbito de cada Ministério Público.

O prazo para o juízo de retratação quanto à decisão de arquivamento, após a interposição do pedido de revisão, é impróprio, tendo como termo inicial o término do prazo para interposição do pedido de revisão pela vítima ou pela autoridade judicial competente, o que ocorrer por último, visto que a legitimidade para tanto é concorrente. Esta é a conclusão que se extrai do § 7º do art. 19-A da Resolução CNMP n.º 181.

Recorde-se que a dicção literal do art. 28 do Código de Processo Penal determinava que esse encaminhamento deveria ser realizado de forma obrigatória, providência que foi mitigada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir que não existe obrigatoriedade de o Ministério Público encaminhar os autos para o Procurador-Geral de Justiça ou para a Câmara de Coordenação e Revisão. Consoante decisão do STF, o membro do Ministério Público poderá encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei. (STF. Plenário. ADI 6.298/DF, ADI 6.299/DF, ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 24/08/2023 - Info 1106) Como se vê, a decisão proferida pela Corte modificou uma das maiores pretensões reformistas do Pacote Anticrime, que visava retirar do magistrado qualquer participação na decisão de arquivamento de procedimentos investigatórios, participação esta considerada por muitos como indevida, por promover uma ingerência violadora da imparcialidade e do próprio sistema acusatório⁸.

⁸ Neste sentido, ensina a doutrina que o magistrado exerce uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade: "Neste caso, ao juiz incumbia o exercício de uma inusitada função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, algo que certamente levantaria dúvidas acerca da sua imparcialidade

Uma vez remetido o caso à instância de revisão, atualmente realizado, na maioria das vezes, de forma eletrônica, duas novas decisões poderão ser adotadas: a concordância com a decisão de arquivamento, hipótese em que haverá sua homologação, ou a discordância, o que ensejará a retomada da persecução penal.

A decisão de homologação do arquivamento do inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou quaisquer elementos informativos de natureza criminal pela instância de revisão é confirmatória do ato ministerial anterior. Dessa forma, válida a conclusão de inexistência de fundamento para a propositura da ação penal pública, consolida a avaliação preliminar realizada pelo Ministério Público e assegura que não há elementos suficientes para a instauração do processo penal.

A decisão de homologação, agora de natureza administrativa, difere substancialmente do modelo anterior, que atribuía ao magistrado essa competência (CPP, art. 67, I). Essa mudança reflete uma transformação na forma como o arquivamento dos procedimentos investigatórios é processado. Ao retirar do magistrado a competência para homologar o arquivamento, transfere-se essa função para a instância de revisão ministerial, que age em conformidade com a autonomia e independência do Ministério Público. Esta alteração busca fortalecer o princípio do sistema acusatório, no qual as funções de acusar, defender e julgar são claramente separadas, evitando a intervenção judicial nas etapas iniciais da persecução penal.

Com a homologação administrativa, as decisões de arquivamento passam a ser internamente validadas dentro do Ministério Público, promovendo uma maior coesão e coerência na atuação desse órgão.

Uma vez proferida a decisão de homologação do arquivamento pela instância de revisão, não se vislumbra a possibilidade de interposição de outros recursos ou pedidos de revisão, o que confere ao ato uma estabilidade/imutabilidade relativa que obsta a reabertura do caso pela mesma instância revisora, o que não impede o chamado desarquivamento do caso, questão que será abordada mais adiante. À vítima que eventualmente persiste em seu descontentamento com a decisão não é concedida a prerrogativa de formular novos pedidos de revisão, nem lhe assiste a via do mandado de segurança, dado que este remédio constitucional se destina a resguardar um direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade, e a homologação do arquivamento, uma vez concluída a revisão, não se subsume a tais critérios.

Após a homologação administrativa, o art. 19-B da Resolução estipula que os autos retornem ao juízo competente para os fins de direito. Trata-se de disposição voltada à tomada de medidas administrativas ordinatórias, como a baixa de registros em nome dos investigados, o desenvolvimento de atos necessários à conclusão

na eventualidade de o órgão superior ministerial de- liberar pelo oferecimento da denúncia nos autos daquele procedimento investigatório, já que aquele mesmo magistrado responsável pelo indeferimento da promoção de arquivamento seria, na sequência, o juiz competente para o processo e julgamento da demanda". (LIMA, p. 238).

formal do procedimento investigatório, e a implementação de eventuais providências administrativas correlatas.

Essa previsão assegura que, mesmo com a homologação administrativa do arquivamento, o Poder Judiciário ainda desempenha um papel importante ao finalizar o trâmite formal do caso. O retorno dos autos ao juízo competente possibilita a adoção de medidas que garantam a devida regularização e encerramento do procedimento investigatório, preservando a ordem e a clareza nos registros oficiais.

Como mencionado, uma vez remetido o caso à instância de revisão, esta também pode decidir pela rejeição da homologação do arquivamento, mediante uma ampla reavaliação do caso. O pedido de revisão devolve a integralidade da matéria contida nos autos, permitindo uma nova interpretação da lei e reavaliação dos fatos e provas presentes, que possam indicar a existência de fundamento para o prosseguimento da persecução penal.

Essa reavaliação pela instância de revisão implica uma nova decisão que reforma aquela originalmente tomada pelo membro do Ministério Público, substituindo-a e, a partir de então, produzindo efeitos jurídicos.

A possibilidade de rejeição da homologação do arquivamento pela instância de revisão reforça o sistema de freios e contrapesos dentro do Ministério Público, garantindo que decisões de arquivamento sejam objeto de escrutínio e possam ser revistas quando houver indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva. Este procedimento promove uma uniformidade na atuação ministerial, impedindo arquivamentos prematuros e assegurando que todas as hipóteses de persecução penal sejam exaustivamente analisadas.

Rejeitada a homologação pelo órgão de revisão ministerial, será designado outro membro do Ministério Público para a adoção de uma das seguintes providências: I – requisição de diligências úteis e necessárias para a instrução do caso; II – propositura de acordo de não persecução penal e III – ajuizamento da ação penal (art. 19-C).

5. A nova sistemática de arquivamento, os termos circunstanciados e as notícias de fato

A nova sistemática de arquivamento estabelecida pela redação atual do art. 28 do Código de Processo Penal deve ser aplicada a quaisquer procedimentos criminais, o que abrange as chamadas peças de informação, compreendidas como procedimentos criminais pré-processuais destinados a reunir os elementos mínimos sobre a responsabilidade penal de determinado sujeito.

O termo “peça de informação” é empregado na legislação, incluindo o Código de Processo Penal, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) e a Lei Complementar que organiza o Ministério Público da União (LC 75/93), abrangendo documentos ou procedimentos que fundamentem a *opinio delicti* do órgão ministerial, independentemente de formalidades processuais mais rigorosas.

Isso implica que a mencionada sistemática deve ser aplicada aos Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs), procedimentos específicos para a formalização da investigação preliminar que fundamenta a persecução penal nos Juizados Especiais Criminais (JECRIM). A necessidade de aplicar essa sistemática de arquivamentos aos Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) decorre do fato de que, embora sejam narrativas simplificadas elaboradas pela autoridade policial para registrar elementos informativos sobre crimes de menor potencial ofensivo, eles possuem natureza apuratória e criminal. O TCO serve como instrumento de coleta de informações suficientes para o avanço da persecução penal, e como tal implica direitos tutelados pelas normas penais e direitos fundamentais dos cidadãos, sejam acusados ou vítimas. Aplicar a nova sistemática de arquivamento garante os mesmos efeitos gerais presentes nos demais casos de verificação de violações penais, assegurando um mecanismo de controle sobre as decisões ministeriais que concluem pela falta de fundamento para a responsabilização penal em um determinado caso.

A aplicação da nova sistemática de arquivamento aos TCOs assegura maior coerência e uniformidade na condução das investigações preliminares, garantindo que todas as peças de informação sejam tratadas com os mesmos critérios de avaliação e rigor técnico, em conformidade com os princípios constitucionais e legais que regem a persecução penal no Brasil. Ademais, ainda que sejam uma forma simplificada de registro de informações sobre crimes de menor potencial ofensivo, os TCOs são considerados procedimentos com potencial investigativo. Portanto, devem ser regidos pela nova sistemática de arquivamento prevista na redação atual do art. 28 do Código de Processo Penal.

A disposição do art. 19-H da Resolução não se aplica aos Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs), que exclui a aplicação dos dispositivos para arquivamento de notícias de fato ou procedimentos não investigativos. Estes devem seguir a Resolução 174, de 04 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. Esta disposição específica refere-se exclusivamente aos procedimentos tratados naquela normativa, como as notícias de fato, destinadas a ordenar demandas, documentos e postulações em geral dirigidas aos órgãos do Ministério Público, mas desprovidas de conteúdo investigativo ou fins apuratórios.

O art. 19-F da Resolução também estabelece que a nova sistemática de arquivamento é aplicável a todos os casos de arquivamento de inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou quaisquer elementos informativos de mesma natureza previstos na legislação penal e processual penal, inclusive aqueles afetos à justiça eleitoral e militar.

Essa disposição evidencia claramente que a nova sistemática, decorrente da redação atual do art. 28 do Código de Processo Penal e respaldada pela decisão do Supremo Tribunal Federal (recuperar referência aqui), deve ser adotada em todos os demais casos similares. Normas específicas, como aquelas contidas no Código de Processo Penal Militar, no Código Eleitoral ou em leis especiais, devem ser interpretadas como tacitamente revogadas pela nova norma.

A nosso ver, essa nova disposição alcança até mesmo a antiga disposição do art. 7º da Lei 1.521/51 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular), que previa um raro caso de reexame necessário na fase de arquivamento de inquéritos policiais, providência que, doravante, deve ser considerada tacitamente revogada pelas novas disposições legais do art. 28 do CPP.

Ademais, entendemos que a nova sistemática de arquivamento também deve ser aplicada nos casos de autos infracionais, destinados à apuração de atos infracionais praticados por adolescentes e regidos pelo art. 181 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Essa interpretação busca assegurar uma uniformidade na aplicação das regras de arquivamento, promovendo maior segurança jurídica e coerência nas decisões ministeriais, independentemente da natureza específica do procedimento investigatório.

6. A extinção da punibilidade na fase pré-processual

O art. 19-K da Resolução 181/2017 contempla uma consideração doutrinária ao passar a prever que a sistemática de arquivamento nela prevista não se aplica às situações de extinção de punibilidade⁹. Nessas circunstâncias, ao invés de promover o arquivamento dos autos, o Ministério Público deve postular em juízo a declaração da extinção da punibilidade, alinhando-se ao disposto no art. 61 do Código de Processo Penal, que exige que tal causa seja declarada pelo órgão judicial.

Uma justificativa adicional para a exceção indicada nesse dispositivo é a formação de coisa julgada material em decisões judiciais que extinguem a punibilidade, conferindo imutabilidade à decisão proferida e protegendo melhor o investigado contra novas iniciativas judiciais inadequadas.

Embora essa disposição possua certa coerência com essas linhas de pensamento, não convence quanto à sua plena necessidade, uma vez que o arquivamento de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público, mesmo nos casos de extinção da punibilidade, não apresenta riscos aos interesses dos investigados. A punibilidade do fato, além de ser uma condição essencial para a responsabilização penal, é parte do juízo de valor sobre a viabilidade da ação penal, de modo que, quando extinta, implica a inexorável falta de justa causa. Nessa perspectiva, o reconhecimento da extinção da punibilidade pela nova sistemática prevista no art. 28 do CPP, como fundamento para o arquivamento de um caso, mesmo que apenas no âmbito do Ministério Público, não representa qualquer risco aos direitos fundamentais dos investigados, especialmente considerando que eventuais ações penais que desconsiderem essa extinção reconhecida antes poderão ser submetidas

⁹ É a tese sustentada por Leonardo Barreto Moreira Alves: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: JusPodivm. 2023, p. 318.

a duplo controle judicial ainda na fase inicial: rejeição da denúncia (CPP, art. 395, III) ou absolvição sumária (CPP, art. 397, IV)¹⁰.

De todo modo, a regra contida no art. 19-K da Resolução 181/2017 estabelece que a sistemática de arquivamento não se aplica às situações de extinção de punibilidade, o que deve ser feito por meio de postulação do Ministério Público em juízo para a declaração específica de tal extinção.

7. Desarquivamento e a nova sistemática do art. 28 do CPP

À luz do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal e nas decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, a nova sistemática de arquivamento de procedimentos criminais adotou um formato administrativo mais simplificado, uma vez que não mais conta com qualquer espécie de homologação judicial. Neste sentido é o Enunciado 18 MPSP: O desarquivamento do procedimento investigatório com base em prova nova prescinde de autorização judicial, sendo inoponível óbice da coisa julgada.

Esta mudança não apenas acelera a análise desse ato, agora responsabilidade exclusiva de uma única instituição, mas também influencia o processo de desarquivamento de procedimentos criminais, entendido como a reabertura ou retomada da investigação, visando a coleta de elementos mínimos que fundamentem a responsabilidade penal de um indivíduo.

O desarquivamento continua sendo viável mediante a descoberta de novas provas, não sendo permitida a reabertura das investigações por mera mudança de opinião ou reavaliação da situação. É importante ressaltar que o desarquivamento de inquérito policial pressupõe a existência de notícia de prova nova, que não deve ser confundida com o início da ação penal (oferecimento da denúncia), para a qual a simples notícia não é suficiente; são necessárias provas efetivas vez que a *decisão homologatória de arquivamento do inquérito está submetida à cláusula rebus sic stantibus, persistindo enquanto não surgirem novas provas* (STF, submetida dal., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, i. 13.11.02).

Quanto à autoridade competente para realizar o desarquivamento, conforme o art. 18 do Código de Processo Penal, anteriormente atribuída ao juiz, agora é exclusivamente responsabilidade do Ministério Público, único órgão autorizado a atuar nesta etapa pré-processual. Com efeito, essa modificação normativa confere ao Ministério Público a prerrogativa exclusiva de proceder ao desarquivamento, em consonância com o papel preponderante que essa instituição ocupa na fase investigatória do processo penal.

Uma vez desarquivado o inquérito policial e surgindo novas provas capazes de alterar substancialmente o panorama probatório, é plenamente viável a propositura da

¹⁰ É a posição defendida por Rogério Sanches Cunha: CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 119.

denúncia. Tal procedimento está em conformidade com o entendimento consolidado pela Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, cuja redação, por necessidade, deve ser ajustada para refletir a exclusão do despacho judicial, um ato que não mais se encontra previsto na legislação vigente. Assim, o Ministério Público assume integralmente a responsabilidade pela condução e eventual reabertura das investigações, reforçando a centralidade de sua função no sistema de justiça criminal brasileiro.

Conclusões

A nova sistemática de arquivamento dos procedimentos criminais, modelada pelo Código de Processo Penal (CPP), pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) mencionadas e pela Resolução CNMP 181/2017, introduz inovações significativas que redefinem o papel do Ministério Público (MP) e da vítima no processo penal. Esta nova abordagem aumenta a responsabilidade do MP no ato de arquivamento e reduz a intervenção judicial, configurando um cenário onde o protagonismo do MP é amplificado.

Um dos principais efeitos dessa mudança é a maior responsabilidade atribuída ao MP, que, com a nova sistemática, pode desenvolver critérios sobre as prioridades persecutórias e fortalecer sua capacidade institucional de atuar planejadamente como protagonista da política pública de segurança pública, promovendo o arquivamento de casos menos prioritários para esses fins.

Paralelamente, a intervenção judicial é significativamente reduzida. A nova sistemática diminui a participação do juiz no processo de arquivamento, limitando sua atuação à revisão, mudança que busca agilizar os procedimentos e desonerar o Judiciário, permitindo que os magistrados concentrem seus esforços em outras etapas do processo penal que demandem sua intervenção direta. No entanto, essa menor participação judicial também impõe a necessidade de uma fiscalização mais atenta e rigorosa por parte dos órgãos de controle interno do MP, para assegurar que os arquivamentos sigam os critérios legais e normativos estabelecidos.

A inovação mais marcante, porém, reside no aumento significativo da participação da vítima. A vítima, comunicada da decisão de arquivamento, é investida do direito de impugnar a decisão. Este novo protagonismo da vítima reflete uma valorização de sua posição no processo penal, reconhecendo sua importância e oferecendo-lhe meios efetivos de participação e contestação.

Ao longo deste trabalho, exploramos as implicações e consequências dessas novas interações. Observa-se que a maior responsabilização do MP e a menor intervenção judicial têm o potencial de tornar o processo de arquivamento mais célere e eficiente. No entanto, essa celeridade deve ser equilibrada com a necessidade de garantir a transparência e a justiça das decisões. A participação ampliada da vítima, por sua vez, representa um avanço significativo na proteção de seus direitos e no reconhecimento de seu papel no processo penal.

Em conclusão, a nova sistemática de arquivamento dos procedimentos criminais promove um rearranjo significativo no equilíbrio de poderes e responsabilidades entre o MP, o Judiciário e a vítima. O aumento do protagonismo do MP, a redução da intervenção judicial e a valorização da vítima configuram um modelo que busca maior eficiência, transparência e justiça no sistema de arquivamento de inquéritos. Essa evolução normativa demanda uma atuação criteriosa e responsável de todos os atores envolvidos, garantindo que as inovações introduzidas cumpram seu objetivo de aprimorar a justiça penal brasileira.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: JusPodivm. 2023.

ARAS, Vladimir. O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação. Revista Consultor Jurídico, 12 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos/>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique, Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Thompson Reuters. 2022.

BITTAR, Eduardo Costa Bianca. Curso de filosofia do direito. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

BUSATO, Paulo César. O papel do Ministério Público no futuro do direito penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, ITEC–Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n. 05, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Público. Ministério Público e políticas públicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 23-46, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, edição 34, jul.-dez./2017.

A contratação de empresas para a realização de concurso público: adequação aos termos da Lei nº 14.133/2021

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Da contratação direta para realização de certame concursal. 3. A realização de processo licitatório para contratação de empresa destinada à realização de concurso público: modalidade licitatória e critério de julgamento. 4. Do termo de referência e consequente contrato: busca da eficiência. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

No contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, este artigo visa abordar as diversas formas de contratação de entes voltados à organização de concurso público, a partir de uma visão crítica e atenta à importância e repercussão do serviço contratado. Inicia-se pelas hipóteses legais de contratação direta utilizadas, por seu cabimento e limites. Em caso de realização de processo licitatório, apresenta-se posição quanto à modalidade de licitação cabível e critério de julgamento adequado. Por fim, na perspectiva de contribuir para a eficiência da contratação e consequentemente da melhor seleção dos candidatos, trata-se da fase preparatória do processo de contratação, com os pontos de necessária observância no correspondente termo de referência.

Palavras-chave: Concurso público. Formalização. Contratação de empresa. Contratação direta. Licitação. Modalidade. Critério de julgamento. Termo de referência.

Keywords: *Public tender. Formalization. Hiring a company. Direct hiring. Bidding process. Modality. Judgment criteria. Terms of reference.*

1. Introdução

Segundo estabelece o art. 37, II, da Constituição Federal: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de

* Doutora em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público do MPBA. Professora Adjunta da UFBA.

provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (...).”

Ocorre que, diante da complexidade que envolve o certame concursal, para a sua organização, em regra, os entes públicos recorrem à contratação de instituições especializadas.

Conforme estabelece o inciso XXI, também do art. 37 da Carta Constitucional, ressalvados os casos especificados na legislação, as contratações públicas são precedidas de processo licitatório. O texto constitucional sinaliza que há situações nas quais a licitação formal é inviável ou inconveniente à satisfação do interesse público.

Por tal razão, a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – trouxe dispositivos que tratam da dispensa e da inexigibilidade de licitação, que foram replicados na Lei nº 14.133/2021 que a sucedeu, com algumas adequações.

As contratações voltadas à realização de concurso público muitas vezes são precedidas de processo licitatório. No entanto, há situações em que tais contratações ocorrem diretamente, acolhendo-se hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Este texto tem por finalidade abordar os processos de contratação que possuem como objeto a realização de concurso público, bem como requisitos indispensáveis à fase preparatória do certame.

2. Da contratação direta para realização de certame concursal

A contratação direta não pressupõe a inobservância dos princípios administrativos, nem tampouco caracteriza uma livre atuação administrativa. Em verdade, há um procedimento administrativo que antecede a contratação, no qual deve ficar demonstrado o tratamento igualitário a todos os possíveis interessados, bem como a realização da melhor contratação possível.

Se a Administração pode escolher o particular no caso da contratação direta, é bom que fique claro que isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Assim, o art. 72, da Lei n. 14.133/2021, exige a presença de diversos requisitos nos processos de contratação direta, indicando os atos que necessariamente devem fazer parte do procedimento. A maioria das obrigações listadas na norma correspondem a documentos básicos que se exigiria em qualquer outro certame ou contratação¹.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no art. 75, apresenta hipóteses taxativas de licitação dispensável e, no art. 74, trata da licitação inexigível, apresentando cinco situações exemplificativas.

Quanto à licitação dispensável, constante do art. 75, ocorre nas situações em que, embora viável a competição entre os possíveis interessados, a licitação afigura-se inconveniente aos objetivos norteadores da atuação administrativa. Pensando-se na equação custo-benefício, a realização de processo licitatório traria maiores custos à

¹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 386.

Administração Pública do que benefícios. Confere razão a Jessé Torres Pereira Júnior quando afirma que “lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipóteses de dispensabilidade”², percebe-se, então, que o dispositivo que aborda os casos de licitações dispensáveis possui natureza de norma geral.

Em se tratando da contratação de empresa para realização de concurso público, entre as hipóteses taxativamente estabelecidas no art. 75 que autorizam a dispensa de licitação, duas são seguramente as mais utilizadas para tal contratação: a dispensa pelo valor do contrato, constante do inciso II, e a dispensa para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, estabelecida no inciso XV.

Desta forma, quando a estimativa de custo para realização do certame não ultrapassar R\$ 59.906,02³, fala-se na possibilidade de dispensa de licitação, em razão do valor. Obviamente que esta situação é de difícil incidência diante dos custos que envolvem o concurso público, que vão desde a confecção de edital e provas até a manutenção de equipe especializada para condução do certame, considerando, ainda, o elevado número de inscritos.

Por outro lado, acrescente-se que não se fundamentam em tal hipótese os casos em que a Administração Pública contrata diretamente empresa para realização do concurso público, sob argumento de que não há gastos para o contratante se a remuneração de tal empresa for feita exclusivamente com os valores das inscrições recolhidos.

Sobre esse ponto, segue decisão do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de organizadoras de concursos públicos, quando o valor do contrato administrativo for inferior ao limite estabelecido no art. 24, II, da Lei n. 8.666/93, qual seja, R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e ocorre o pagamento de taxas de inscrição pelos candidatos à instituição organizadora, totalizando um valor global superior ao limite supracitado.

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

³ Art. 75, II, da Lei nº 14.133/2021 c/c Decreto nº 11.871/2023.

2. A Constituição da República estabelece como regra a obrigatoriedade da licitação, que é dispensável nas excepcionais hipóteses previstas em lei, não cabendo ao intérprete criar novos casos de dispensa. Isso porque a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei n. 8.666/93).

3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66.) 4. Portanto, ainda que os valores recolhidos como taxa de inscrição não sejam públicos, a adequada destinação desses valores é de interesse público primário. Mesmo que a contratação direta de banca realizadora de concurso sem licitação não afete o interesse público secundário (direitos patrimoniais da administração pública), é contrária ao interesse público primário, pois a destinação de elevado montante de recursos a empresa privada ocorrerá sem o processo competitivo, violando, dessa maneira, o princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal e no art. 3º da Lei n. 8.666/93. Recurso especial provido.

(REsp 1356260/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

Saliente-se que o valor cobrado pela inscrição tem natureza de receita própria do ente contratante. Considerada receita pública, deverá obedecer ao regime das despesas e receitas instituído pela Lei Federal nº 4.320/64, devendo ingressar e sair dos cofres públicos obedecendo às regras estabelecidas pelo referido diploma⁴.

Ademais, quanto a tal matéria o Tribunal de Contas da União já consolidou entendimento através da Súmula nº 214, segundo a qual:

⁴ GASPARINI, Diógenes. Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização. *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S. A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação de receitas federais previstas no Decreto-lei nº 1.755, de 31/12/79, a integrar as tomadas ou prestações de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Acrescente-se, ainda, que para o Superior Tribunal de Justiça não se amolda à hipótese de dispensa de licitação, prevista no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993 (atualmente art. 75, II, da Lei nº 14.133/2021), a situação em que, contratada empresa organizadora para a realização de concurso público por valor inferior ao limite previsto no referido dispositivo, tenha-se verificado que a soma do valor do contrato com o total arrecadado a título de taxa de inscrição supere o limite de dispensa previsto no aludido inciso⁵.

Ou seja, caso a soma do valor pago pelo ente público à empresa, somado aos valores arrecadados com as taxas de inscrição, ultrapasse R\$ 59.906,02, não caberá a dispensa de pequeno valor. Não compete ao intérprete criar novos casos de dispensa, sobretudo porquanto a licitação é destinada a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Por outro lado, muitos entes administrativos têm utilizado o disposto no art. 75, XV, para contratação direta de instituições voltadas à realização de concurso público. O referido dispositivo trata da dispensa de licitação para:

[c]ontratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos.

Segundo Marçal Justen Filho, instituição corresponde a “uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com a característica da permanência ao longo do tempo e da estabilidade de atuação”⁶. Para incidência de tal dispositivo, o fim da instituição deverá

⁵ STJ. 2ª Turma. REsp 1.356.260-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/2/2013.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1073.

abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. Além disso, a instituição deve ter uma inquestionável capacidade para o desempenho da atividade objetivada e não possuir fins lucrativos.

No que se reporta aos fins institucionais, dúvidas inexistem quanto ao alcance das atividades de ensino e recuperação social de preso, porém cabe esclarecer o que se entende por atividades de pesquisa e desenvolvimento institucional. A doutrina classifica a atividade de pesquisa como aquela voltada ao desenvolvimento de soluções inovadoras e desconhecidas. Porém não deve possuir uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato, pois a atividade tanto pode produzir efeitos satisfatórios como não. Quanto ao desenvolvimento institucional, segundo Marçal Justen Filho, consiste “numa atividade relacionada diretamente com a elevação das condições de uma instituição para promover valores e realizar fins específicos”⁷.

Em pesquisa mais remota, observava-se que o Tribunal de Contas da União admitia a legalidade da contratação de instituição sem fins lucrativos, destinada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional para realização de concurso público, sem maiores contestações⁸. Verificavam-se apenas os atributos da entidade contratada.

No entanto, em pronunciamentos posteriores foi possível perceber uma divergência em torno da matéria. Assim, a Corte emitiu seguidas decisões restringindo o caráter amplo da interpretação da norma, passando a se manifestar no sentido de que somente aquelas atividades estritamente ligadas ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional, dentro de suas devidas concepções, podem ser objeto de contratação direta, o que não seria o caso de promoção de concurso público⁹.

Ocorre que, em decisão mais recente o TCU entendeu possível a utilização da contratação direta de fundação de apoio para realização de concurso público, com fundamento no inciso XIII, do referido art. 24, (atual art 75, XV, da Lei nº 14.133/2021) “desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexo efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços do mercado”¹⁰.

Assim, nesta linha de entendimento, diversos tribunais se posicionam favoráveis à contratação direta para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII (art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021), arguindo que a organização do certame concursal tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública. Neste sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1075.

⁸ Decisão 470/93 - Plenário

⁹ O Tribunal de Contas da União recomendou: limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93 quando houver comprovadamente nexo entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual. (TCU. Processo n. 009.713/2000. DOU, 14 nov. 00, p. 103-104). A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, Lei n. 9.433/05, no art. 59, XII, segue a mesma orientação.

¹⁰ Súmula 287.

AÇÃO POPULAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO NACIONAL. LEGITIMIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

(...)

2- Inexistência de ofensa ao disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins lucrativos, que se dedica ao ensino e de reconhecida idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE – Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezenas de certames para admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, O Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério Público do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado do Pernambuco, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido.

(...)

6- Apelação provida em parte. Remessa não provida (Processo AC 1998.01.00.084552-3/DF; Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves; Órgão Julgador Terceira Turma Suplementar; DJ 30/10/03).

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, posicionou-se favorável à dispensa de licitação na hipótese aqui abordada, destacando-se o excerto do acórdão, segundo o qual: “É possível a contratação de entidade sem fins lucrativos por meio de dispensa de licitação para a realização de concurso público. No entanto, tal possibilidade deve ser encarada com parcimônia, especialmente diante da possibilidade concreta de realização de licitação, tendo em vista o número de interessados”¹¹. No mesmo viés, o Conselho Nacional de Justiça também se manifestou favorável à contratação de empresa para realização de concurso público, com fulcro no art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021¹².

Joel de Menezes Niebuhr discorda desse entendimento segundo o referido doutrinador:

A promoção de concurso público não é diretamente relacionada ao desenvolvimento institucional. Se houver alguma relação, ela é

¹¹ Processo: Pca nº 0.00.000.000758/2014-51. Relator: Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 mar. 2015. Seção 1, p. 107.

¹² Dispensa/inexigibilidade SAD 1727038. Documento assinado eletronicamente em 05/01/2024.

meramente reflexa, da mesma forma ou em grau muito parecido a todos os serviços prestados em favor da Administração. (...) O objeto de um contrato somente pode ser qualificado como de desenvolvimento institucional nas hipóteses em que os préstimos oferecidos à Administração tenham relação direta e não apenas *reflex* com algum propósito institucional¹³.

Quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74, da Lei nº 14.133/2021, ocorre quando há inviabilidade de competição. É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, tanto assim que o dispositivo em comento traz cinco hipóteses exemplificativas.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das hipóteses exemplificativas do art.74 estará caracterizada a inexigibilidade de licitação, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição. Para outros, ocorrendo uma das situações do art. 74, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, na situação fática, a competição for inviável, entendimento que parece o mais coerente com os princípios administrativos consagrados no nosso ordenamento jurídico.

Entre as hipóteses exemplificativas do art. 74, cabe-nos analisar aquela constante do inciso III, uma vez que há os que defendem a contratação direta de empresa para realização de concurso público, utilizando como fundamento tal dispositivo¹⁴.

O art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021 trata da inexigibilidade de licitação a partir do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, ser o serviço de natureza técnica – entre os enumerados nas alíneas do referido diploma legal – e ser o contratado portador de notória especialização. A lei não mais traz a exigência de singularidade do serviço, que constou do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, porém a incidência desse dispositivo decorre da natureza íntima do objeto, marcado pelo estilo ou cunho pessoal do autor, o que remonta à questão da singularidade¹⁵.

Segundo Marçal Justen Filho, “a eliminação da referência a “objeto singular” não implica negar a relevância das necessidades diferenciadas da Administração. A contratação direta, nas hipóteses do inc. III do art. 74, é autorizada por se tratar de atendimentos a necessidades peculiares da Administração¹⁶.

Entende-se que a relação de serviços constantes do art. 74, III, embora bem abrangente, é meramente exemplificativa. Assim, havendo outros serviços que se

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 312.

¹⁴ Este é o posicionamento exposto por Diógenes Gasparini (Cf. Gasparini, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. *Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabricio Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.67).

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 448.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 984.

revelem singulares, ou seja, que demandem primor técnico diferenciado, que imprimem neles as suas características pessoais, poderá ocorrer a contratação por inexistência¹⁷.

A notória especialização vem definida no § 3º, do mencionado art. 74, e consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade. Busca-se o desempenho pessoal de um ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento – o conhecimento teórico para solução de problema.

Por certo que a realização de concurso público requer conhecimento especializado, uma vez que envolve atividade de natureza intelectual na confecção das provas, bem como expertise quanto à logística na sua aplicação. O questionamento quanto à utilização do mencionado dispositivo legal para tal objeto ocorre por parte daqueles que exigem a inviabilidade de competição, para a incidência das hipóteses de inexistência de licitação.

Ora, atualmente, não somente a Constituição Federal exige para o ingresso em cargo ou emprego público a realização de concurso, como também há uma intensa fiscalização realizada tanto pelos Tribunais de Contas, como pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, voltada à observância de tal norma. Em consequência, diversas são as empresas que oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado. Logo, não há que se falar em inviabilidade de competição, podendo a escolha ser estabelecida através de critérios objetivos, fato que leva à impossibilidade de utilização do disposto no art. 74, III, para contratação de empresa voltada à realização de concurso público.

3. A realização de processo licitatório para contratação de empresa destinada à organização de concurso público: modalidade licitatória e critério de julgamento

Mesmo aqueles que admitem a contratação direta, sabem que muitas vezes a contratação de empresa para organização de concurso público se faz através de processo licitatório. Aliás, esta é uma prática que vem sendo observada por diversos entes federados. Nesse ponto discute-se a modalidade de licitação e o critério de julgamento a serem utilizados.

O art. 28, da Lei nº 14.133/2021, enumera cinco das modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. A escolha da modalidade irá depender do objeto que se pretende contratar.

Não há discricionariedade na escolha da modalidade de licitação, que dependerá do objeto licitado¹⁸.

¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 187.

¹⁸ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 186.

Por certo que, para realização de concurso público, excluem-se de imediato o concurso, o leilão e o diálogo competitivo.

O concurso é voltado à escolha de serviço técnico, artístico ou científico, cujo vencedor recebe como contrapartida um prêmio ou remuneração (art. 6º, XXXIV c/c art. 30, da Lei nº 14.133/2021). Não há seleção de proposta para futura execução. Os interessados apresentam o resultado de seu esforço e o submetem à análise da Administração¹⁹. Ou seja, volta-se à escolha de trabalho pronto²⁰, incompatível com a contratação de empresa para realização de concurso público.

Por outro lado, para tal objeto, também não cabe o leilão – modalidade utilizada para alienação de bens imóveis ou de bens móveis, a quem oferecer o maior lance (art. 6º, XL c/c art. 31, da Lei nº 14.133/2021), à exceção apenas dos casos de dispensa de licitação, estabelecidos no art. 76, da Lei nº 14.133/2021.

O diálogo competitivo (art. 6º, XLII c/c art. 32, da Lei nº 14.133/2021), por sua vez, destina-se à contratação de objetos bastante complexos, que a Administração tenha dificuldades de definir suas especificações no edital. O objeto licitado deverá se enquadrar às condições fixadas no art. 32, I, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que também se distanciam da efetivação de certame concursal.

Pode-se afirmar que a organização de concurso público envolve serviço de natureza técnica, predominantemente intelectual, pois não só exige a elaboração de provas, como também toda a logística para realização do certame.

Dito isso, não há possibilidade de realização de pregão para este tipo de contratação. Segundo consta do art. 6º, XLI, da Lei nº 14.133/2021, pregão é a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”. Já o inciso XIII, do mesmo dispositivo legal, informa que bens e serviços comuns “são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. Os bens e serviços comuns rivalizam-se com os bens e serviços especiais, que são “aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do *caput* deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante” (art. 6º, XIV).

Com efeito, o pregão deverá ser utilizado quando se possa padronizar os critérios de qualidade do objeto, por serem universais, ou seja, aplicados a todo e qualquer interessado²¹, situação que não se coaduna com a realização de concurso público. Segundo Juliano Heinen “o pregão não poderá ser empregado para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, ou seja, aqueles

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 448.

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 628.

²¹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 188.

que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho de qualidade”²².

Entende-se, conforme já articulado, que a realização de concurso público se caracteriza como serviço de natureza predominantemente intelectual e como tal são, sim, de alta heterogeneidade ou complexidade²³. Desta forma, sob a égide da lei nº 14.133/2021, tais serviços não devem ser licitados por meio da modalidade pregão, em face do quanto estabelece o parágrafo único do art. 29 da referida norma, segundo o qual “o pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei”.

Foi exatamente por essa situação que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia entendeu inviável a licitação na modalidade Pregão para contratação de empresa voltada à realização de concurso público. Senão vejamos:

CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO E REALIZAÇÃO DO CERTAME. PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO À REGRA. TAXAS DE INSCRIÇÃO ARRECADADAS. CONTABILIZAÇÃO. CUSTEIO. 1) O pregão não é a modalidade de licitação adequada para a seleção de instituição para prestação de serviços de organização e realização de concurso público, uma vez que estes, por envolverem atividade predominantemente intelectual, não podem ser considerados como comuns. 2) Excepcionalmente, admite-se a contratação direta de instituição de ensino, sem fins lucrativos, para a organização e realização de certame público, mediante dispensa de licitação, desde que preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores, com instauração de processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da dispensa, os requisitos dispostos no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 e que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado. (PROCESSO Nº 11305e18 PARECER Nº 01811-18)

Excluindo-se o pregão como modalidade de licitação viável para contratação de empresa voltada a realização de concurso público, pode-se afirmar que, por exclusão, a modalidade cabível será a concorrência, uma vez que o concurso envolve um serviço especial.

²² HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 190.

²³ Nesse sentido também se manifesta Joel de Menezes Neibuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.624).

A concorrência é a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia” (art. 6º, XXXVIII, da Lei nº 14.133/2021). A regra é que objetos comuns sejam licitados pela modalidade pregão, enquanto objetos especiais devem adotar a modalidade concorrência²⁴.

Uma vez estabelecida a modalidade de licitação para contratação de empresa voltada à realização de concurso público, passa-se à escolha do critério de julgamento.

Os critérios de julgamento das propostas em processos licitatórios, constam do art. 33 da Lei nº 14.133/2021, quais são: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, maior retorno econômico.

A princípio, para seleção de empresa voltada à realização do concurso público pode-se afirmar a possibilidade de utilização do critério de julgamento técnica e preço. Segundo determina o art. 36, § 1º, I, da Lei nº 14.133/2021:

§ 1º O critério de julgamento de que trata o *caput* deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado.

Ora, ao empregar a expressão “preferencialmente” o dispositivo abre brecha para que outro critério de julgamento seja utilizado. Entende-se, no entanto, que a não utilização de tal critério, quando cabível, requer justificativa que constará do estudo técnico preliminar, definido no art. 6º, XX, como “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

Caso a Administração interessada consiga demonstrar a viabilidade de utilização do critério menor preço ou maior desconto para seleção de empresa voltada à realização de concurso público, será importante atentar para os parâmetros mínimos de capacitação que deverão ser exigidos das empresas participantes, inclusive a demonstração de capacidade técnica, que não deverá limitar-se à mera exigência de atestado que informe a realização de concursos anteriores, sendo importante que demonstre a capacidade técnico-profissional da empresa, demonstrada pela qualificação da equipe profissional.

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 607.

Toda cautela se faz necessária para impedir a contratação de empresas sem a devida qualificação para realização do concurso público. Não são poucos os casos em que concursos públicos são invalidados por erros ou fraudes cometidos na condução do concurso pela empresa contratada. Vícios insanáveis no edital, quebra do sigilo da prova no momento da sua aplicação, provas com conteúdo programático não previsto no ato convocatório, indícios de fraudes na condução do processo, são apenas algumas situações que podem levar à nulidade do concurso com consequências danosas aos candidatos, bem como à Administração Pública, promotora do certame.

Deve-se, por fim, ressaltar que mesmo verificadas irregularidades insanáveis na contratação de empresa para realização de concurso público, pode ser declarada a nulidade do contrato, mantendo-se a validade do certame concursal, caso de mostre a melhor decisão para atendimento do interesse público. Nesse contexto, admite-se a aplicação do art. 148, § 1º da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual não se podendo retornar à situação anterior à contratação da empresa a “a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis”.

Nada impede que a empresa contratada de forma irregular tenha efetivado um concurso sem qualquer vício. Assim, caso a nulidade do contrato ocorra após a realização do concurso, quando os aprovados já se encontram inclusive nomeados, pode ser aplicada a teoria do fato consumado, mantendo-se o certame incólume. Neste sentido há decisões jurisprudenciais, senão, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MODALIDADE CONVITE. TÉCNICA MENOR PREÇO. ILEGALIDADE. SERVIÇO DE NATUREZA INTELLECTUAL. MELHOR TÉCNICA E PREÇO. TRANSCURSO DO TEMPO. CONCURSO HOMOLOGADO. NOMEAÇÃO DOS APROVADOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. 1. A irregularidade na contratação da empresa que realizou o concurso público, de que resultou a admissão de servidores municipais, não implica a automática nulidade da contratação destes servidores. A irregularidade está na forma de contratação da empresa que aplicou as provas do concurso, mas não se vislumbra qualquer irregularidade na realização das provas do certame. 2. Realizado o concurso, os aprovados foram nomeados e passaram a exercer suas atividades como servidores públicos, razão pela qual deve ser aplicada, neste caso e em caráter excepcional, a teoria do fato consumado. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO²⁵.

²⁵ TJ-PR - CJ: 11264887 PR 1126488-7 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1300 18/03/2014.

No entanto, não é demais salientar que, caso o vício verificado implique fraude na destinada a beneficiar certos candidatos, a nulidade imposta atingirá todo o processo concursal.

4. Do termo de referência e consequente contrato: busca da eficiência

A Lei nº 14.133/2021 trouxe no seu art. 6º, inciso XXIII a definição do termo de referência. Assim, representa o documento necessário para contratação de bens e serviços, elencando, o referido inciso, os parâmetros e elementos descritivos que devem nele constar. O conteúdo do termo de referência, quanto à sua complexidade e minúcia, dependerá da natureza do objeto a ser contratado.

Independentemente da forma de contratação da empresa para organização do concurso público, o sucesso da contratação dependerá da formalização de um termo de referência, contendo os pontos essenciais da execução do contrato, a partir das bases fixadas no estudo técnico preliminar, constituído na forma do art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/2021, e observância dos parâmetros traçados no inciso XXIII, do mesmo dispositivo legal.

Inicialmente o ente interessado em realizar o certame concursal deverá observar quantos cargos e empregos públicos estão disponíveis, se existem contratados temporários exercendo funções típicas dos mencionados cargos ou empregos, quantos servidores estão próximos à aposentadoria e qual o impacto da admissão na Lei de Responsabilidade Fiscal. Deverá, ainda, atentar para as questões orçamentárias, quais sejam, autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias (ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista), estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (LRF art. 16 e 17), previsão de dotação orçamentária (CF art. 169)²⁶ e origem dos recursos para o custeio (LRF, art. 17, § 1º)²⁷.

Assim, o ente contratante definirá um cronograma esperado do concurso, contemplando os marcos principais, com prazos em dias, desde a assinatura do contrato até a publicação do resultado. A empresa ou instituição contratada deverá aceitar na íntegra tal cronograma.

Do termo de referência constarão também, de forma clara e objetiva, as obrigações das partes que estarão no contrato, tais como, os locais de realização de

²⁶ “4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado) mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária”. (STJ- REsp. 1121021/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, em 21/08/2012).

²⁷ “Não vislumbro no texto constitucional exigência dessa natureza. Em verdade, o que se impõe é que as admissões ou contratações de pessoal pelos órgãos públicos somente sejam efetivadas após autorização específica na LDO, bem como que haja dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal delas decorrentes (CF 169, § 1º, incisos I e II), não se cogitando de autorização legal para a realização do próprio concurso” (TCU Acórdão 599/2008 – Primeira Câmara).

provas, o número de vagas, se o concurso será regionalizado, os requisitos para o preenchimento dos cargos/empregos, as fases do concurso, características das provas (objetivas, discursivas, orais, práticas, de títulos etc.), responsabilidade quanto aos custos de publicidade (se da instituição contratada ou do ente contratante), logística de aplicação de provas e segurança. No caso de concurso de âmbito nacional, deve-se estabelecer em quais capitais as provas serão realizadas. Normalmente, faz-se a opção pela realização das provas nas capitais dos estados nas quais são oferecidas vagas.

A previsão no termo de referência de contratação de serviço médico de emergência para funcionar nos locais das provas é importante nos concursos públicos que oferecem elevado número de vagas com consequente previsão de muitos candidatos. No caso de concursos menores, como, por exemplo, o voltado à seleção de docentes em universidades públicas, tal contratação não se impõe.

Para a estimativa do valor contratual o ente promotor do concurso deverá atentar ao disposto no art. 23, da Lei nº 14.133/2021, podendo utilizar como parâmetro a composição de custos de contratações divulgadas no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além de outros indicativos constantes no referido artigo.

Serão levados em consideração na estimativa de custos, a locação do espaço físico (quando for o caso), contratação de pessoal para elaboração e aplicação das provas, encargos sociais, materiais de consumo, cópias, sistema de segurança a ser adotado, custos de administração, além de outras despesas necessárias à peculiaridade do caso concreto.

Com o propósito de orientar as instituições especializadas que pretendem participar do processo licitatório, o termo de referência deverá especificar a forma de apresentação de propostas. Normalmente as formas mais utilizadas são os chamados “contrato de risco” e o “pagamento por faixa de inscritos”.

No “contrato de risco,” o ente ou empresa contratada aceitará realizar o concurso apenas com o montante arrecadado dos valores das inscrições. Em consequência, assume o risco de eventual prejuízo e o bônus de eventual *superávit*.

Entende-se que o “contrato de risco” encontra barreiras na arrecadação dos valores de inscrição pela empresa/ente contratado. Isso porque os valores pagos pela inscrição no certame concursal têm natureza de preço público, devendo ingressar diretamente nos cofres públicos, na forma preconizada pela Lei n. 4320/64. Além disso, nem todo o concurso pode ser suportado apenas pela arrecadação dos valores das inscrições.

Outra forma de precificação consiste no formato em que o preço é escalonado por número de inscritos. Nesta modalidade, estabelecem-se faixas de inscritos e em cada faixa cobra-se um valor fixo para o número de candidatos que inicia a faixa e outro valor por candidato que exceder esse mínimo, de forma que o valor final de uma faixa coincida com o valor inicial da faixa seguinte. Neste modelo, em regra, a empresa contratada não suporta o ônus das isenções, pois a cobrança é feita por candidato inscrito, não importando se ele é pagante ou isento.

Acatando o entendimento quanto à impossibilidade de arrecadação dos valores das inscrições pelos contratados, como forma de pagamento, deve-se salientar a necessidade de previsão orçamentária para custear o concurso.

A logística de aplicação de provas é item de grande repercussão na precificação do contrato, correspondendo a aproximadamente 80% dos custos de um concurso. É importante que o termo de referência traga a especificação do número mínimo de fiscais em sala, escalonado de acordo com o número de candidatos. Muitas empresas que participam de processos licitatórios utilizam como estratégia a diminuição do número de fiscais em sala de aula para redução de custos, permitindo a apresentação de preços mais competitivos. Caso o termo de referência não faça menção ao número mínimo de fiscais em sala, o contratante correrá o risco de a empresa contratada trabalhar com apenas um fiscal por sala, o que não é suficiente. É desejável também que o termo de referência exija a presença de fiscais em banheiros.

Por certo que o êxito do concurso público está diretamente ligado ao detalhamento do termo de referência que deverá ponderar aspectos relevantes a serem considerados, garantindo a concretização do princípio da eficiência, que corresponde à otimização dos meios com a satisfatoriedade dos resultados obtidos.

5. Conclusões

- a) Em se tratando da contratação de empresa para realização de concurso público, entre as hipóteses taxativamente estabelecidas no art. 75, como de licitação dispensável, duas são seguramente as mais utilizadas para tal contratação: a dispensa pelo valor do contrato, constante do inciso II, e a dispensa para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, estabelecida no inciso XV.
- b) Caso a soma do valor pago pelo ente público à empresa contratada para realização do certame concursal, somado aos valores arrecadados com as taxas de inscrição, ultrapasse R\$ 59.906,02, não caberá a dispensa de pequeno valor.
- c) Diversos entes públicos se posicionam favoráveis à contratação direta de entes sem fins lucrativos para realização de concurso público, com fundamento no art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021, arguindo que a realização do certame concursal tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública.
- d) Entende-se incabível a utilização do art. 74, III, para contratação de empresa voltada à realização de concurso público, uma vez que inexistente a inviabilidade de competição para a incidência da referida hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que diversas são as empresas que

oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado.

- e) Realizada licitação para contratação de empresa voltada à efetivação de concurso público, não deve ser utilizada a modalidade pregão, uma vez que a realização do certame se caracteriza como serviço de natureza predominantemente intelectual, de alta heterogeneidade ou complexidade.
- f) Por exclusão, pode-se afirmar que a concorrência é a modalidade de licitação viável para contratação de empresa voltada a realização de concurso público, já que o concurso envolve um serviço especial.
- g) Entre os critérios de julgamento previstos no art. 33 da Lei nº 14.133/2021, pode-se afirmar a possibilidade de utilização do critério de julgamento técnico e preço, para seleção de empresa voltada à realização de concurso público.
- h) A não utilização do critério de julgamento de técnica e preço para seleção de empresa voltada à realização de concurso público requer justificativa que constará do estudo técnico preliminar.
- i) Caso a Administração interessada consiga demonstrar a viabilidade de utilização do critério menor preço para seleção de empresa voltada à realização de concurso público, será importante atentar para os parâmetros mínimos de capacitação que deverão ser exigidos das empresas participantes, inclusive a demonstração de capacidade técnica, que não deverá limitar-se à mera exigência de atestado que informe a realização de concursos anteriores, sendo importante que demonstre a capacidade técnico-profissional.
- j) Verificadas irregularidades insanáveis na contratação de empresa para realização de concurso público, pode ser declarada a nulidade do contrato, mantendo-se a validade do certame concursal, por se mostrar a melhor decisão para atendimento do interesse público.
- k) Para realização do concurso público a Administração promotora deverá observar as questões orçamentárias, quais sejam, autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, previsão de dotação orçamentária e origem dos recursos para o custeio.
- l) O sucesso da contratação de empresa para a realização de concurso público dependerá da formalização de um termo de referência, contendo os pontos essenciais da execução do contrato.
- m) Para a estimativa do valor contratual o ente promotor do concurso deverá atentar ao disposto no art. 23, da Lei nº 14.133/2021, podendo utilizar como parâmetro a composição de custos de contratações divulgadas no Portal

Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além de outros indicativos constantes no referido artigo.

- n) Entende-se que o “contrato de risco” para realização de concurso público encontra barreiras na arrecadação dos valores de inscrição pela empresa/ente contratado. Isso porque os valores pagos pela inscrição no certame concursal têm natureza de preço público, devendo ingressar diretamente nos cofres públicos, na forma preconizada pela Lei n. 4320/64.
- o) Na remuneração por faixa de inscrito, estabelece-se o pagamento por faixas de inscritos e, em cada faixa, cobra-se um valor fixo para o número de candidatos que inicia a faixa e outro valor por candidato que exceder esse mínimo, de forma que o valor final de uma faixa coincida com o valor inicial da faixa seguinte.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021.

GASPARINI, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021*. Salvador: JusPodivm, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Experiências da atuação ministerial em processos de desinstitucionalização psiquiátrica de instituições de longa permanência em municípios no Estado do Rio de Janeiro

Sheila Vargas*

Sumário

1 Introdução. 2. Breves apontamentos sobre a internação psiquiátrica no Brasil e as ideias que alicerçaram os movimentos antimanicomiais no mundo. 3. Conceito e dimensões da desinstitucionalização. 4. O Ministério Público como protagonista da proteção dos direitos individuais e coletivos das pessoas internadas longamente em instituições psiquiátricas e as diretrizes da Lei nº 10.216/2001. 5. Da construção dos censos psicossociais que subsidiaram a atuação da força tarefa desinstitucionalização psiquiátrica do MPRJ e sua relação com o processo de desinstitucionalização que acontece no Município de Carmo desde 2001. 6. A potência da força tarefa desinstitucionalização psiquiátrica e de pessoas adultas com deficiência e como as estratégias de atuação com enfoque na construção dos sujeitos fortalece a rede de atenção. 7. A FT Desinst e as relações intersetoriais necessárias à reconstrução dos sujeitos no processo de desinstitucionalização. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo visa abordar a atuação do Ministério Público no âmbito da tutela coletiva e individual da saúde mental, tendo como base experiências práticas, desde 2001, ano da publicação da Lei Antimanicomial 10.216/2001, em Promotorias de Justiça e na Força Tarefa Desinstitucionalização Psiquiátrica (FT Desinst) implementada pelo MPRJ em 2022, a partir do resultado de dois Censos Psicossociais objeto de trabalho da Força Tarefa, abordando os papéis desempenhados pelos atores do sistema de justiça para assegurar a efetividade dos direitos humanos e fundamentais das pessoas longamente internadas em instituições psiquiátricas. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e em estudo de caso, qual seja, atuação na Força Tarefa Desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos e adultos com deficiência implementada pela Resolução GPGJ n. 2464 de 31 de março de 2022 do MPRJ.

* Formada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

This article aims to address the role of the Public Prosecutor's Office in the context of collective and individual protection of mental health, based on our practical experience since 2001, the year of the publication of the Anti-Asylum Law 10.216/2001. This experience comes from work in Public Prosecutor's Offices and the Psychiatric Deinstitutionalization Task Force (FT Desinst) implemented by MPRJ in 2022. The initiative stemmed from the results of two Psychosocial Censuses carried out by the Task Force, focusing on the roles played by the actors in the justice system to ensure the effectiveness of the human and fundamental rights of individuals who have been long-term residents in psychiatric institutions.

Palavras-chave: Ministério Público. Desinstitucionalização psiquiátrica. Política antimanicomial. Atuação do Sistema de Justiça.

Keywords: Public Ministry. Psychiatric deinstitutionalization. Anti-asylum policy. Action of the Justice System.

1. Introdução

Este trabalho pretende relatar a experiência na atuação em órgãos de execução do MPRJ com atribuição na tutela coletiva e individual em Promotoria de Justiça de Juízo Único, na Cidade de Carmo/RJ, onde iniciou, no ano 2001, o processo de extinção do Hospital Estadual Teixeira Brandão (HETB) localizado em Carmo, último hospital psiquiátrico de propriedade do Estado do Rio de Janeiro, bem como na atual atribuição na Força Tarefa Desinstitucionalização Psiquiátrica (FT Desinst), implementada pela Resolução GPGJ n. 2.464 de 31 março de 2022¹. Descreveremos sucintamente os movimentos que desaguarão nas políticas públicas antimanicomiais e abordaremos dados levantados em Informações Técnicas produzidas pelo GATE MPRJ (Grupo de Apoio Técnico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) e por dois Censos Psicossociais realizados em duas instituições psiquiátricas objeto da FT Desinst, dando ênfase aos trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público no resgate dos direitos da população em longa internação psiquiátrica.

Apontaremos que a inobservância das diretrizes da Lei 10.216/01², destacada pela ausência de controle do ingresso e desospitalização das pessoas internadas e o abandono delas nesses lugares, sem quaisquer atividades relacionada à

¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.464, de 31 março de 2022*. Institui, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Força Tarefa para atuar no processo de desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos e adultos com deficiência. Rio de Janeiro: MPRJ, 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2441401/consolidada_2464.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

² BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023

desinstitucionalização, têm proporcionado uma dívida enorme que precisa ser urgentemente quitada por todas as redes de proteção e pelo sistema de justiça.

Indicaremos que a partir de ferramentas adequadas de identificação e individualização das pessoas internadas aliado a organização de ferramentas já disponibilizadas institucionalmente, assim como a manutenção de relações internas e intersetoriais, o Ministério Público, como protagonista dessa missão, disponibiliza acesso aos direitos sociais dessas pessoas e com isto consegue diminuir sensivelmente sua ainda incipiente atuação na defesa dos direitos individuais e coletivos das pessoas que ainda vivem internadas longamente.

A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e em estudo de caso, vale dizer, a atuação na Força Tarefa Desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos e adultos com deficiência implementado pela Resolução GPGJ n. 2464 de 31 de março de 2022 do MPRJ.

2. Breves apontamentos sobre a internação psiquiátrica no Brasil e as ideias que alicerçaram os movimentos antimanicomiais no mundo

O saudoso Dr. José de Matos, primeiro médico psiquiátrico a compor o Grupo de Apoio Técnico (GATE) do MPRJ, narra em dois artigos publicados na página do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Saúde (CAO SAÚDE) a trajetória sobre a internação psiquiátrica no Brasil e as ideias que movimentaram o mundo em direção à luta antimanicomial³.

Ele descreve que o Rio de Janeiro foi sede do primeiro hospital psiquiátrico no Brasil. Em 1852, D. Pedro II, inaugurou o Hospital Nacional dos Alienados, na Praia Vermelha, onde hoje funciona a reitoria da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Todavia, o tratamento desumano e as condições inadequadas desse lugar levaram a busca de novas instalações e em 1923 e 1924 surgiram as Colônias do Engenho de Dentro e a de Jacarepaguá, mais conhecidos como Centro Psiquiátrico Pedro II e Colônia Juliano Moreira, os quais, atualmente, são sede dos Institutos Municipais de Assistência à Saúde Nise da Silveira e Juliano Moreira.

Explica que a partir dos anos 60 inicia-se um movimento mundial para revisão da saúde mental, não apenas como fenômeno médico. Grandes homens, através de suas renomadas obras, foram responsáveis por esse movimento. Foucault, na França, publica, em 1961 a *História da Loucura*, apresentando uma abordagem filosófica e muito relacionada à sua formação em psicologia e psicopatologia. O canadense Ervin Goffman, doutor em sociologia e antropologia social publica, no mesmo ano, a célebre obra *Asylums*, onde estuda as instituições “de muros altos”, descrevendo o efeito segregador de entidades como quartéis, manicômios e conventos, provocando alienação por destruição do homem enquanto sujeito e de dono de seus desejos⁴.

³ MATOS, José de. *História da Internação Psiquiátrica no Brasil*. [s. n.], Rio de Janeiro, 11 ago. 2004

⁴ *Ibid.*

Também nos Estados Unidos, o húngaro Thoma Szasz, formado em medicina e especializado em psiquiatria e psicanálise, publicou em 1961, o livro *O Mito da Doença Mental*, por onde afirmava:

A doença mental seria um grande mito que incluiria, além do sofrimento psíquico decorrente do comportamento, comunicação e pensamento incomum, inconvenção e destrutivo, uma camuflagem para o uso de metáforas estratégicas para privar a humanidade de sua maior liberdade: a autonomia.⁵

Em seguida, dois médicos na Inglaterra, Cooper e Laing, diretamente influenciados por Foucault, Goffman e Szasz, também questionaram a concepção de “doença mental”, publicando, em 1967, a obra *Antipsiquiatria*, que apresentava as instituições psiquiátricas como opressoras, como forma de controle social exercido pela psiquiatria.

Inicia-se ainda nos anos 60 nos Estados Unidos, o surgimento dos Centros Comunitários de Saúde Mental, focado na atuação multidisciplinar, oferecendo medicação, psicoterapia e apoio familiar, reduzindo drasticamente a população internada.

Na Inglaterra, ainda em 1961, entusiasmado pelas ideias de Foucault, Goffman e Szasz, o então Ministro da Saúde, Enoch Powell, deu início a uma nova política de abolição dos hospitais psiquiátricos.

Mas foi na reforma psiquiátrica da Itália que o Brasil mais se inspirou. Segundo Matos, o médico psiquiatra italiano Franco Basaglia, entre os anos de 1971 e 1976, em Trieste, influenciado por Foucault e outros autores de esquerda, aproveitando-se do espírito revolucionário que vivia a Itália nessa época, desenvolveu trabalhos em centros psicossociais denominados “estruturas alternativas” e através de campanhas na mídia para mudanças das leis de saúde mental, conseguiu aprovar a Lei 180, em 1978, visando a substituição dos hospitais psiquiátricos por “estruturas alternativas”. Segundo Matos, “nenhum paciente psiquiátrico novo seria admitido em hospital psiquiátrico. Os já internados seriam revistos com objetivos de descarga”.⁶

Sobre a reforma psiquiátrica no Brasil especificamente, o autor explica que ela foi iniciada pelo sociólogo e deputado federal Paulo Delgado ao criar o Projeto de Lei nº 3654 - A que veio a se tornar a Lei 10.216/2001. Em 1989, Paulo Delgado, diretamente afetado pelas ideias da Dra. Nise da Silveira apresentou o referido projeto de lei que previa a extinção progressiva dos manicômios e regulamentando a internação psiquiátrica

⁵ SZASZ, Thomas S. *O mito da doença mental*. Nova York: Harper & Row Publishers/Perennial Library, 1974.

⁶ MATOS, José de. Desinstitucionalização psiquiátrica e políticas de saúde mental no Estado Rio de Janeiro. [S. l.: s. n.], [20--].

compulsória, baseado na experiência de Franco Basaglia. Contou com a ajuda de seu irmão, o psiquiatra Pedro Delgado, defensor dos direitos do paciente mental.⁷⁻⁸

Matos, em seu artigo *Desinstitucionalização Psiquiátrica e Políticas de Saúde Mental no Estado do Rio de Janeiro*, ao discorrer sobre a Lei 10.216/01, afirma que o regime terapêutico essencialmente hospitalar psiquiátrico passa a dar lugar aos cuidados em saúde mental a portadores de saúde mental fundamentados na proteção e estabelecimentos de seus direitos.

Explica, ainda, que por esse novo tratamento legislativo os pacientes agressivos e tidos como crônicos não poderiam ser mais discriminados e que não apenas os pacientes, mas seus familiares e responsáveis, deveriam ser alcançados por essa nova forma de tratar não discriminatória, assegurados o direito ao melhor tratamento do sistema de saúde; ser tratado com humanidade e respeito no objetivo de alcançar sua inserção na família, no trabalho e na comunidade; ser protegido de qualquer forma de abuso e exploração; ter a garantia de sigilo de suas informações; de ser esclarecido por médico acerca da necessidade de sua hospitalização involuntária, de sua doença e tratamento; de ter acesso aos meios de comunicação; de ser tratado em ambiente terapêutico menos invasivos possíveis e de ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental, tudo conforme dispõe o art. 2º, parágrafo único da Lei 10.216/2001.⁹

A materialização dessa nova linha de cuidado em saúde mental aconteceu no Brasil de forma mais intensiva com a incorporação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) na década de 90, motivada pela redemocratização, no início dos anos 80, com movimentos que resultaram na primeira conferência Nacional de Saúde Mental em 1987, tendo como mote “Por uma sociedade sem Manicômios”.

Com a aprovação em 1990 da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080) criando o Sistema Único de Saúde, a ideia de atenção integral ganha fundamento legal e o projeto de lei 3657, de autoria de Paulo Delgado aprovado um ano antes, desencadeou diversas outras que regulamentavam dispositivos para saúde e saúde mental, até que o país assina a Declaração de Caracas com foco na implantação de serviços diários de atenção, baseados nas primeiras experiências dos Centros Psicossociais (CAPS), Núcleo de Assistência Psicossocial (NAPS) e hospitais-dia, que haviam surgido na década anterior.¹⁰

⁷ DELAGAO, Paulo. *Paulo Delgado*, [S. l.: s. n.], [2023]. Disponível em: <https://paulodelgado.com.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁸ AIDAR, Laura. Biografia de Nise da Silveira. *Ebiografia*, [S. l.], [20--]. Disponível em: https://www.ebiografia.com/nise_da_silveira/. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁰ NASSIF, Luis. Especial CAPS: a evolução desde a reforma psiquiátrica. *Jornal GGN*, [S. l.], 30 jan. 2012. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/politicas-sociais/especial-caps-evolucao-desde-a-reforma-psiquiatrica/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

A Declaração de Caracas, em 1990, é o marco das reformas na atenção saúde mental nas Américas e solicita aos Ministérios da Saúde e da Justiça, aos Paramentos, aos Sistemas de Seguridade Social e outros prestadores de serviços, organizações profissionais, associações de usuários, universidades e outros centros de capacitação e aos meios de comunicação, que apoiem a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica, assegurando, assim, o êxito no seu desenvolvimento para o benefício das populações da região.¹¹

Outro marco de relevante importância para a luta antimanicomial ocorreu em 04 de julho de 2006, com a publicação da primeira condenação do país proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Ximenes Lopes vs Brasil. O precedente versa sobre a responsabilidade internacional do Estado pela violação ao direito à vida, à integridade física de Damião Ximenes Lopes e o direito às garantias judiciais e à proteção judicial dos seus familiares Albertina Viana Lopes (mãe) e Irene Ximenes Lopes Miranda (irmã). Damião, paciente psiquiátrico do SUS, foi internado em uma casa de repouso “Guararapes” em 1º de outubro de 1999, onde morreu quatro dias pós. O Estado brasileiro foi condenado pelas violações aos artigos 4º (vida), 5º (integridade física), 8.1 (garantias judiciais) e 25.1 (proteção judicial), em relação às obrigações contidas no art. 1.1 da CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).¹²

Essa condenação resultou em várias recomendações ao Brasil no sentido de implementar a política pública de saúde mental dentro da lógica comunitária.

Nessa esteira, importa ressaltar que o percurso histórico da luta antimanicomial no mundo tem marcos fundamentais nos ensinamentos de Goffman, condenando as instituições que ele denomina como totais, que impõem o confinamento, controle e monitoramento das individualidades dessas pessoas que dificultam ou impossibilitam a inserção delas em ambientes diferentes, sem qualquer construção de identidade dos internos ou interações e relações sociais entre eles e as equipes dirigentes.¹³

O sociólogo questiona: como as pessoas que são submetidas a esse processo de mortificação do eu (porque ela perde a concepção de si mesmo e a cultura aparente que antes existia na vida familiar e civil), poderão, um dia, viver algum movimento de renascimento?

As experiências nos processos de desinstitucionalização abordados neste artigo, apontam evidências sobre esse processo de mortificação das pessoas longamente internadas, bem como os instrumentos que têm sido utilizados e que estão ao alcance do sistema de justiça para proporcionar o seu renascimento.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Organização Mundial da Saúde. *Declaração de Caracas*. Caracas: OPAS: OMS, 1990. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_caracas.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Unidade de Fiscalização e Monitoramento das deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Sum%C3%A1rio-Executivo-Caso-Ximenes-Lopes-vs-Brasil-21.06.30.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹³ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

3. Conceito e dimensões da desinstitucionalização

As instituições psiquiátricas ainda existentes neste século mantêm enclausurados indivíduos que em um determinado momento foram considerados por diversos ramos um perigo para si e para os outros.

Trata-se de um movimento com fundamentos na psiquiatria hegemônica, diretamente ligado a preceitos de exclusão, derivados dos ditames ou conceitos sociais do que seria seguro para a pessoa a ser excluída, ou para quem convive com ela e não o que a pessoa tem para falar sobre si mesma.

As instituições psiquiátricas ainda existentes infelizmente mantêm um cotidiano de práticas absolutamente opostas àquelas que norteiam a Lei Antimanicomial e são espaços onde todos os direitos elencados no art. 2º, parágrafo único da mesma Lei, são rotineiramente violados. Portanto, o encerramento dessas práticas, através do processo de desinstitucionalização, são medidas que se mostram urgentes.

Como bem definiu o Grupo de Apoio Técnico do MPRJ (GATE) em sua Informação Técnica que fundamentou a proposta de implantação da Força Tarefa Desinstitucionalização: Saúde Mental – Hospitais Psiquiátricos:

A desinstitucionalização pode ser definida como uma (re)orientação de trabalho que envolve a desconstrução de práticas, saberes, leis e valores baseados em um modelo e uma lógica de atenção em hospitais psiquiátricos, e a construção de novos caminhos de cuidado para as pessoas com transtornos mentais em um processo de diferentes dimensões. Estas dimensões incluem a mudança da rede de serviços voltados para pessoas com transtornos mentais para a atenção integral às necessidades das pessoas, a transformação das práticas das atitudes das pessoas envolvidas nesse processo, o desenvolvimento de novos marcos teóricos-conceituais, a criação de novos marcos normativos que garantam os direitos das pessoas com transtornos mentais e a construção de uma nova cultura que reconheça as pessoas com transtornos mentais como sujeitos de direitos. Em seu sentido amplo, a desinstitucionalização remete à transformação das relações sociais com a experiência da loucura.¹⁴

Em sua dimensão prática, as ações de desinstitucionalização se constituem no âmbito das reformas sanitária e psiquiátrica brasileiras, sendo esta última iniciada ainda nos anos 1980. À título de contextualização, o processo de reforma psiquiátrica brasileira, construído como política de Estado ao longo de mais de três décadas e efetivado nas políticas públicas pactuadas nas diferentes

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Saúde Mental no SUS: cuidado em liberdade, defesa de direitos e Rede de Atenção Psicossocial*. Relatório de Gestão 2011-2015. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2016.

instâncias de poder, teve início com a denúncia das inúmeras e recorrentes violências perpetradas nos hospitais psiquiátricos contra as pessoas internadas nessas instituições. Também, o que se observou é que como resultado de práticas de asilamento nas décadas anteriores e de um modelo de atenção em psiquiatria baseado na internação em hospitais psiquiátricos, a vida das pessoas internadas era profundamente marcada pelo descuido, pelo abandono, pela negligência, pelo isolamento social e diversas outras desconsiderações aos seus direitos humanos fundamentais.¹⁵

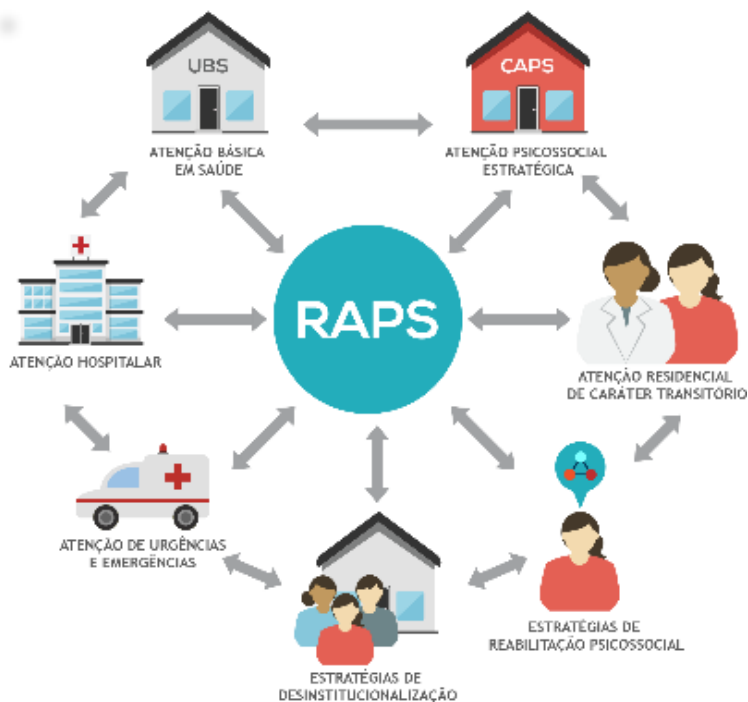
Portanto, a desinstitucionalização não consiste apenas em tirar as pessoas dos hospícios. Sua finalidade primordial é recuperar o direito da pessoa que foi privada de liberdade por longos anos, e que por isso perdeu seus vínculos familiares, sociais e comunitários. Ela consiste numa perspectiva de vida construída com aquele sujeito, junto com ele e a partir dele, restabelecer ou criar vínculos comunitários que possam trazer e constituir sua saúde mental. Ou seja, é a produção de saúde na sua completude.

A Desinst requer o implemento de práticas orientadas pela afirmação da cidadania das pessoas com transtornos mentais, através de uma rede de serviços aberta e de base territorial, que seja suficientemente abrangente e capaz de cuidar das complexidades de seu público cotidianamente e em situações de crise.

A desinstitucionalização ou a inoccorrência da longa internação psiquiátrica, requerem a atuação de uma Rede de Atenção Psicossocial fortalecida e que atue seguindo as inspirações das práticas antimanicomiais, com a prática de estratégias que se interligam e que são infinitas.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005.

Figura 1 – Como funciona a Rede de Atenção Psicossocial



Fonte: CENAT¹⁶

Agrega-se a essa rede, a do sistema de justiça, que envolve diferentes agentes: o advogado, a defensoria pública, delegado de polícia, funcionários de cartório, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Destaca-se, neste artigo, a atuação o Ministério Público, considerando todas as responsabilidades que a política antimanicomial lhe atribuiu.

4. O Ministério Público como protagonista da proteção dos direitos individuais e coletivos das pessoas internadas longamente em instituições psiquiátricas e as diretrizes da Lei nº 10.216/2001

A Constituição da República de 1988 entregou ao Ministério Público brasileiro a responsabilidade de ser uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional

¹⁶ VALENTE, Pablo. Conheça como é composta a RAPS: Rede Atenção Psicossocial. CENAT, [S. l.], [20--]. Disponível em: <https://blog.cenatcursos.com.br/conheca-raps-rede-atencao-psicossocial/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

do Estado, atribuindo-lhe o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, como previsto em seu art. 127.¹⁷

Não há dúvida que todo o arcabouço de atribuições entregues ao Ministério Público brasileiro tornaram-no o agente defensor dos direitos humanos e dos direitos fundamentais das pessoas adultas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e outras drogas e das políticas públicas em saúde mental, destacando-se as diretrizes traçadas pela Lei 10.216/01, com três eixos absolutamente fundamentais: o cuidado em rede e no território, a proteção dos direitos individuais e sociais dessa população e a fiscalização da internação psiquiátrica involuntária.¹⁸

Documentos internacionais e regionais também alicerçam esse perfil do Ministério Público brasileiro, destacando-se a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da Organização das Nações Unidas – ONU (1948); o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, da ONU (1966), promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592/1992; o *Corpo de princípios para a proteção de todas as pessoas sob qualquer forma de detenção ao aprisionamento*, da ONU (1988); a *Declaração de Caracas* (1990); a *Carta de princípios para a proteção da pessoa acometida de transtornos mentais e para a melhoria da assistência à saúde mental*, da ONU (1991); a *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, da ONU (2007), aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto nº 186/2008 e promulgado pela Presidência da República por intermédio do Decreto nº 6.949/2009; e o *Plano de Ação sobre Saúde Mental*, da OMS (2013).¹⁹

O Código Civil Brasileiro, a partir do art. 1767 trata do instituto da curatela, prevendo a atuação do Ministério Público nos processos de interdição, representando o interesse da pessoa incapaz. Em seguida, a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, em seus artigos 84 e 85 estabelece que o Ministério Público atuará como defensor dos direitos e interesses das pessoas com deficiência, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias.²⁰

Art. 1.777 do Código Civil prevê que todas as pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio, conforme redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015.²¹

¹⁷ BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁹ MUSSE, Luciana Barbosa; PESSOA, Olívia Alves Gomes; SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. *Texto para Discussão: entre Judicialização e Juridicização: por um Ministério Público resolutivo nas políticas públicas de saúde mental*. Brasília, DF: Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9479/1/td_2524.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

²¹ *Ibid.*

A Lei 10.216/2001 por sua vez, em seu art. 3º, § 3º, veda a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares que, conforme definido no § 2º do mesmo dispositivo, são aquelas desprovidas de assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.²²

Em razão desse regramento da internação, a Lei Antimanicomial entrega ao Ministério Público a tarefa fundamental de fiscalizar as internações involuntárias, estabelecendo que elas sejam comunicadas ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, adotando-se o mesmo procedimento nas respectivas altas, conforme prevê seu Art. 8º, § 1º.²³

Conforme se depreende, o arcabouço legislativo entrega ao Ministério Público legitimidade para atuar na proteção das pessoas em longa internação psiquiátrica tanto no âmbito da tutela coletiva como na individual e é óbvio que todo o movimento histórico e legislativo requer que sua atuação esteja centrada nas diretrizes antimanicomiais.

A comunicação de uma internação psiquiátrica desafia a intervenção do Ministério Público nas dimensões da tutela individual e coletiva, porque ela sinaliza a vulnerabilidade de uma pessoa com deficiência mental ao mesmo tempo em que retrata a uma possível fragilidade da Rede de Atenção Psicossocial.

A experiência de trabalho muito próxima de redes de atenção responsáveis pelo adequado funcionamento da política antimanicomial revela que o exercício da tutela individual dessa clientela marca o início do processo de desinstitucionalização, assim como evita a institucionalização. Essa tutela alavanca a capacidade do sujeito paciente garantindo-lhe todos os seus direitos sociais e fundamentais, ao mesmo tempo em que a atuação ministerial na defesa da tutela coletiva, fortalece a política pública do tratamento pela Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) no território do sujeito, nos exatos termos delineados pela Lei 10.216/2001 e das demais legislações que vieram contemplar o direito das pessoas com deficiência.

Ocorre que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça o direito fundamental a saúde é o mais judicializado no Brasil e, especificamente sobre o

²² Conforme expusemos acima: o direito ao melhor tratamento do sistema de saúde; ser tratado com humanidade e respeito no objetivo de alcançar sua inserção na família, no trabalho e na comunidade; ser protegido de qualquer forma de abuso e exploração; garantia de sigilo de suas informações; de ser esclarecido por médico acerca da necessidade de sua hospitalização involuntária, de sua doença e tratamento; de ter acesso aos meios de comunicação; de ser tratado em ambiente terapêutico menos invasivos possíveis e de ser tratado, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. Cf. BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

²³ BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

tema abordado neste artigo, a saúde mental, como uma das dimensões da saúde, tem seguido o mesmo caminho, mas nem sempre para garantir direitos, e sim para restringi-los, através de ações que promovem longas internações involuntárias e compulsórias em hospitais psiquiátricos ou por permanente omissão do sistema de justiça ao manter as pessoas em longa internação psiquiátrica completamente afastadas de seus direitos individuais e sociais.²⁴

O ingresso de um paciente psiquiátrico em instituição asilar (aquela definida pelo art. 4º, § 3º da Lei 10.216/2001) que também denominamos como de longa permanência, difere da internação do paciente com quadro que necessite de internação em leito de emergência psiquiátrica em hospital geral ou serviços do CAPS III, devidamente indicado pela equipe de referência do território, nos termos do art. 6ª da Lei 10.216/01 e segue as diretrizes estabelecidas no art. 8º e 10 da Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011.²⁵

Mas em ambos os casos (internação em instituição de longa permanência e leito de urgência), o responsável técnico do estabelecimento hospitalar deverá comunicar a internação, bem como a alta, em até 72 (setenta e duas) horas, ao Ministério Público Estadual.

Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Estado e Saúde, até setembro de 2023, essas são as unidades psiquiátricas ainda abertas em nosso Estado, incluindo-se aí os dois Hospitais de Custódia.²⁶⁻²⁷

²⁴ Atualmente, há 520 mil processos referentes à saúde em tramitação na Justiça, segundo dados do CNJ. Cf. BANDEIRA, Regina. Impactos da judicialização da saúde são debatidos no I Congresso do Fonajus. *CNJ*, Brasília, DF, 17 nov. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/impactos-da-judicializacao-da-saude-sao-debatidos-no-i-congresso-do-fonajus/>. Acesso em: 29 ago. 2023

²⁵ Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) – Os dispositivos previstos são: CAPS III e Porta de Entrada do Hospital Geral com enfermaria especializada ou serviço Hospitalar de Referência – Art. 10, I e II e parágrafos da mesma Portaria citada. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.0088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 20 nov. 2023.

²⁶ Informações encaminhadas pela SES em outubro de 2023.

²⁷ Consoante a legislação penal brasileira, o indivíduo portador de doença mental que cometer fato tipificado como crime e que, ao tempo, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo, é inimputável e pode ser internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP). Cf. PAIXÃO, Gabriela Silva. Hospital de Custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil: uma análise sobre seus fundamentos e permanência. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 82-102, jan./jul. 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/354049062_Hospital_de_Custodia_e_Tratamento_Psiquiatrico_no_Brasil_uma_analise_sobre_seus_fundamentos_e_permanencia. Acesso em: 20 nov. 2023.

Figura 2 – Unidades Psiquiátricas ainda abertas no Estado

Estabelecimentos	Município	No de leitos SUS	Nº de pacientes de internados
Clínica de Repouso Santa Lúcia	Nova Friburgo	160	40
Casa de Saúde Santa Mônica	Petrópolis	150	74
Clínica Nossa Sra. das Vitórias	São Gonçalo	116	38
HP Jurujuba	Rio de Janeiro	120	34
IMAS Philipe Pinel	Rio de Janeiro	74	32
IPUB	Rio de Janeiro	100	58
CPRJ	Rio de Janeiro	23	20

Fonte: Coordenação de Atenção Psicossocial (2023).²⁸

Figura 3 – Hospitais de Custódia ainda abertas no Estado

Hospitais de Custódia	Município	No de leitos SUS	Nº de pacientes de internados
HCTP Roberto Medeiros	Rio de Janeiro	161	134
HCTP Henrique Roxo	Niterói	153	86

Fonte: Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (2023).²⁹

Esses dados indicam que atualmente são 296 pessoas internadas longamente em sete unidades psiquiátricas ainda em funcionamento em nosso Estado e mais 220 em dois hospitais de custódia, sendo certo que nesse rol não estão incluídas as pessoas com deficiência mental (com ou sem abuso de álcool e outras drogas) internadas em comunidades terapêuticas e as pessoas adultas com deficiência longamente internadas em instituições públicas e privada do tipo abrigo. Todas essas pessoas estão incluídas no rol da população vulnerável que desafia a atuação do Ministério Público.

²⁸ Informações encaminhadas pela SES em outubro de 2023.

²⁹ Informações encaminhadas pela SEAP em outubro de 2023.

Em 2012, através da Resolução GPGJ n. 1.784/12³⁰, o Ministério Público do Estado do Rio Janeiro criou um importante instrumento de controle de internações psiquiátricas involuntárias, o denominado Módulo de Saúde Mental (MSM).

Em seu primeiro relatório, o MSM assim está definido:

É um sistema informatizado desenvolvido para o envio das notificações de internações psiquiátricas involuntárias, bem como para o acompanhamento de pacientes portadores de transtornos mentais, objeto da tutela do Ministério Público, a fim de permitir uma atuação efetiva da Instituição pela guarda de seus direitos fundamentais e pela efetivação do direito à convivência familiar. O MSM foi, portanto, concebido com o objetivo de fomentar, facilitar e aperfeiçoar a atuação em prol da proteção e cuidado destes pacientes, permitindo, inclusive, o controle das interdições e respectivas prestações de contas.³¹

Ele foi eleito como a via pela qual as comunicações de internações involuntárias psiquiátricas, previstas na Lei n. 10.216/2001, devem ser encaminhadas pelas unidades de saúde, através da alimentação do sistema com as informações relativas aos pacientes internados, nos exatos termos determinados pelo art. 8º, § 1ª da referida Lei.³²

Resumindo sua perspectiva de atuação, esse sistema criado em 2012, finaliza seu primeiro relatório com as seguintes assertivas:

O problema de - Falha no controle e sistematização das notificações de internações involuntárias de pacientes psiquiátricos, do exercício da curatela, e da política pública intersetorial voltada para a saúde mental, impossibilitando o conhecimento da real dimensão da situação social e jurídica de portadores de transtornos mentais, com redução de capacidade, institucionalizados ou não, e de suas reais condições de inserção familiar e social.

³⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 1.784, de 04 de dezembro de 2012*. Cria, no âmbito do Ministério Público, o sistema eletrônico denominado Módulo de Saúde Mental, e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2012. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418904/Resolucao_1784.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Módulo de Saúde Mental. Relatório do Módulo de Saúde Mental - 2012*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

³² BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

Afeta - Ao Ministério Público, Gestores, Unidades de Saúde e demais órgãos envolvidos na rede de atenção integral ao portador de transtorno mental.

O seu impacto é - Compromete a atuação do Ministério Público no que diz respeito à sua condição de guardião dos direitos individuais e coletivos indisponíveis de portadores de transtornos mentais, cabendo-lhe zelar pela garantia de efetivação do direito à saúde, inserção social e convivência familiar, o que não é de todo alcançado, como se verifica pelo expressivo contingente de doentes mentais desprovidos de atenção integral, nela compreendidas a saúde e assistência social, em estado de abandono, sem referência ou cuidado familiar, que acabam em vivendo sem dignidade, em franca violação de seus direitos. Compromete, ainda, o acompanhamento e fiscalização da política pública implementada pela Lei n. 10.216/2001.

Uma solução bem sucedida irá - Prover um sistema eletrônico contendo informações das unidades de saúde e equipamentos de acolhimento integrantes da rede de saúde mental no Estado; da situação social e jurídica dos portadores de transtornos mentais internados e acolhidos nas referidas unidades e entidades, inclusive de pacientes judiciários internados em manicômios; da demanda social em relação à política pública voltada para a saúde mental; e, quando for o caso, da necessidade e/ou condição de interdição de cada doente ou deficiente; de pessoas habilitadas e/ou nomeadas para respectiva curatela; e do efetivo exercício desta curatela. O sistema é gerido pelo Ministério Público e contará com a participação dos demais órgãos envolvidos na rede de proteção ao portador de transtornos mentais, com o objetivo de manter atualizadas as informações, no limite das funções exercidas por cada um; • Permitir intercâmbio eletrônico de informações entre as Promotorias de Justiça com atribuição para a tutela individual e coletiva dos portadores de transtornos mentais; • Permitir intercâmbio eletrônico de informações entre o Ministério Público e os demais órgãos envolvidos na rede de proteção e cuidado ligada à saúde mental, especialmente unidades de saúde para internação; • Permitir o controle das interdições e respectivas prestações de contas por parte das promotorias de justiça; • Permitir o dimensionamento da demanda pela ampliação da rede de acolhimento para pacientes psiquiátricos.³³

³³ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Módulo de Saúde Mental. *Relatório do Módulo de Saúde Mental - 2012*. Rio de Janeiro: MP RJ, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

Lamentavelmente os relatórios produzidos pelo MSM aconteceram apenas nos dois anos seguintes, em 2013 e 2014 e o Módulo hoje é pouco alimentado e encontra-se em reformulação.³⁴⁻³⁵

No contraponto dos anseios do MSM, a atuação através da FT DEINST das Clínicas Psiquiátricas Casa de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo e Santa Mônica, em Petrópolis, assim como a atuação em Promotorias de Justiça com atribuição na tutela coletiva da saúde e com procedimentos administrativos destinados à promoção de desinstitucionalização psiquiátrica, identificou-se longas internações promovidas pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, através de promotorias e defensorias com atribuição em tutela individual, sem qualquer atuação concomitante que estimulasse a desinstitucionalização dessas pessoas, especialmente no sentido de garantia mínima dos direitos elencados no art. 2º, Parágrafo único da lei antimanicomial.³⁶ Em alguns casos, as ações que promoveram a internação estavam arquivadas.

A desarticulação de toda a rede de atenção psicossocial com um sistema de justiça que ainda não segue as diretrizes legais antimanicomiais resulta em violações de direitos que são invisibilizadas.

Portanto, conforme já anunciava o primeiro relatório do Módulo Saúde Mental há onze anos, como integrante do sistema de justiça e destinatário da fiscalização das internações e desinternações psiquiátricas, a atuação do Ministério Público ainda está comprometida no que diz respeito à sua condição de guardião dos direitos individuais e coletivos indisponíveis de portadores de transtornos mentais, porque lhe cabe zelar pela garantia de efetivação do direito à saúde, inserção social e convivência familiar.

O Ministério Público do Estado do Rio tem apoiado e conduzido processos desinstitucionalização atuando no campo jurídico com interface com a clínica em vários hospitais psiquiátricos do Estado, mas ainda possuímos um número considerável de pessoas segregadas nas unidades existentes e, conforme já afirmado, ainda há inúmeras pessoas hipervulneráveis longamente internadas em instituições alisares, afastadas de seus direitos individuais e sociais, e por isso desafiando nossa proteção.

A experiência na atuação em uma Promotoria de Justiça de Juízo Único que viveu e vive um grande processo de desinstitucionalização e na Força Tarefa Desinstitucionalização Psiquiátrica, nos proporcionou, e ainda nos tem proporcionado, uma avaliação crítica acerca dos desajustes dos sistemas que possibilitam a internação, os mecanismos que incentivam a prática do abandono e a complexa tarefa que promove a desarticulação dessa cadeia de violação de direitos.

³⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Módulo de Saúde Mental. *Censo MSM 2013*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2013. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/Censo_2013_VS2_2.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

³⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Módulo de Saúde Mental. *Censo MSM 2014*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2014. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/Censo_MSM_2014_14042015.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

³⁶ BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

A incapacidade do Sistema de Justiça e das Redes de Atenção Psicossocial, Redes de Proteção e demais atores, a ausência de vontade política dos gestores em fazer cumprir a lei e, finalmente, a inconsistência de investimentos e iniciativas governamentais para desmontar as políticas públicas antimanicomiais, resultam na precariedade de ferramentas para mudanças de atitudes e tomadas de providências que efetivamente garantam direitos e encerrem violações de direitos.³⁷

O tratamento legislativo também contribuiu: Apesar dos 22 anos da lei 10.216/01 e da gradual redução do número de leitos em unidades de longa internação psiquiátrica, apenas com o advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em 2009 e a Lei Brasileira de Inclusão em 2015, que se incluiu o conceito de Pessoa com Deficiência a pessoa com transtorno mental (também denominada “deficiência psicossocial” ou “deficiência mental”).

O art. 1º da CDPD definiu que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, *mental*, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.³⁸

Hoje, o conceito de pessoa com deficiência está relacionado também aos impedimentos vivenciados em razão de barreiras que obstruem a interação daquela pessoa com a sociedade e com as demais pessoas.

Foi a Lei Brasileira de Inclusão que, no âmbito interno nacional, trouxe cores para a outrora invisibilidade da pessoa com deficiência, passando a tratá-la efetivamente como sujeito de direitos e prevendo uma série de políticas públicas com tal finalidade.

Muito antes, todavia, dessa mudança legislativa, quando somamos esforços ao Grupo Condutor da Secretaria de Estado do Rio de Janeiro que promovia a desinstitucionalização do Hospital Estadual Colônia Teixeira Brandão, em Carmo, ainda em 2001, a primeira estratégia de atuação no viés da tutela individual foi transformar aquelas pessoas em sujeitos de direito.

Essa experiência de trabalho que surgiu junto com a entrada em vigor da Lei 10.216/01, foi fundamentada no arcabouço legislativo que existia, quais sejam, Declaração Universal de Direitos Humanos, Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal.

Portanto, a evolução legislativa teve como demanda a permanente violação de direitos dessa clientela, muito embora experiências exitosas já estivessem sendo concretamente realizadas no Estado do Rio de Janeiro desde a entrada em vigor da Lei 10.216/2001.

Atualmente podemos sustentar que a partir da tutela individual do paciente de saúde mental, especialmente aqueles que estavam há muito tempo afastados

³⁷ Desde 2014 que não é mais feito o PNASH – Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos, assim como o a Saúde Mental em Dados.

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Nova York: ONU, 2006. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 20 nov. 2023.

de seus direitos individuais e sociais, faz nascer um novo perfil de usuário que não adoececerá ao ponto de exigir o seu afastamento do convívio social.

5. Da construção dos CENSOS psicossociais que subsidiaram a atuação da força tarefa desinstitucionalização psiquiátrica do MPRJ e sua relação com o processo de desinstitucionalização que acontece no Município de Carmo desde 2001

A Coordenação da Atenção Psicossocial da Superintendência de Atenção Psicossocial e População em Situação de Vulnerabilidade da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, realizou dois Censos Psicossociais que foram objeto da Força Tarefa Desinstitucionalização Psiquiátrica do MPJR. O primeiro na Clínica de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo entre os meses de junho e julho de 2021, e o segundo, ainda em fase de finalização, na Casa de Saúde Santa Mônica, nos meses de junho e julho de 2023.^{39, 40}

Ambas as instituições iniciaram suas atividades entre os anos de 1965 e 1967 e estão localizadas na região serrana do Estado do Rio de Janeiro.

Escolhemos esses dois censos em razão de sua contemporaneidade e porque eles foram realizados em duas instituições nas quais o Ministério Público atua diretamente através da FT DESINST, na tutela individual de seus pacientes a partir desse estudo estatístico, bem como em razão experiência institucional em processo de desinstitucionalização psiquiátrica acontecida em um Município que está na mesma região, retratando um enorme paradoxo entre as formas de atuação na política pública destinada à saúde mental em Municípios tão próximos.⁴¹

Os Censos foram realizados por estudantes de medicina da Universidade Fundação Educacional Serra dos Órgãos (UNIFESO) em Teresópolis, no exercício do internato em saúde mental, supervisionados por dois professores que compuseram a equipe interventora da Secretaria de Estado de Saúde no Hospital Estadual Colônia Teixeira Brandão (HETB) a partir de 2001, com atuações preponderantes em todas as fases do processo de desinstitucionalização psiquiátrica desse hospício.

O internato em saúde mental iniciou-se em Carmo em 2017, através de convênio firmado entre a UNIFESO, o Centro Organizativo de Ação Pública de Ensino-Saúde (CAOPES), o Município de Carmo e o Núcleo Estadual em Saúde Mental em Carmo e tem a seguinte missão específica:

³⁹ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Coordenação de Atenção Psicossocial. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Apresentação Preliminar do Censo Psicossocial da Clínica de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo/RJ*. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/apresentacao_censo_cr_santa_lucia_1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴⁰ Os dados foram objetos no relatório do CENSO, encaminhados para a FTDESINST em agosto de 2023, mas ainda não publicados.

⁴¹ Carmo está a 69 km de Nova Friburgo e a 132 de Petrópolis. Cf. CALCULADORA de distância entre as cidades. *Distância entre as cidades*, [S. l.], [2023]. Disponível em: <https://www.distanciaentreasidades.com.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Capacitar o médico generalista para atendimento de casos de saúde mental na Atenção Primária; sensibilizar o estudante para as singularidades do acolhimento e cuidado ao usuário de saúde mental; ampliar o acesso do usuário de saúde mental, através do estudante de medicina como matriciador da Atenção Primária; construir uma cartografia do cuidado em saúde através de usuário guia transformando-a em um das competências da formação médica e refletir sobre os efeitos da inserção do estudante de medicina da Rede de Atenção Psicossocial em Saúde Mental.⁴²

Carmo, em decorrência do processo de desinstitucionalização iniciado em 2001, atualmente possui uma rede complexa de serviços de base comunitária e territorial que inclui um CAPS II, quatro leitos de crise no Hospital Geral, um Centro de Convivência, Serviço de Infância e Juventude, um ambulatório de Saúde Mental, um SAMU, total cobertura de Estratégia da Família e dezessete Serviços Residenciais Terapêuticos.

A vivência dos médicos em formação acerca da potência de um processo de desinstitucionalização exitoso, com o funcionamento de uma rede de atenção psicossocial destinada a preservação da liberdade do usuário de saúde mental, em que pesem os longos anos de institucionalização pelo qual passaram, possibilitou o sentimento de indignação ante as paradoxais realidades no trato com a saúde mental encontradas nas unidades objeto dos censos.

Na ocasião do Censo realizado na Clínica de Repouso Santa Lúcia, havia 110 pacientes internados oriundos de vários Municípios.⁴³ Na Casa de Saúde Santa Mônica foram entrevistados 85 pacientes, também oriundos de vários Municípios⁴⁴, sendo a grande maioria petropolitanos.

Significativo número de pessoas institucionalizadas e identificadas por ambos os censos são oriundos do sistema de justiça, e quando avaliamos o perfil clínico e socioeconômico e suas relações sociais, atividade de vida diária e graus de autonomia, como contraponto da política antimanicomial há mais de 20 anos vigorando no Brasil, mais uma vez constatamos o quanto nossa atuação impacta nossa condição de guardião dos direitos individuais e coletivos indisponíveis de portadores de transtornos mentais.

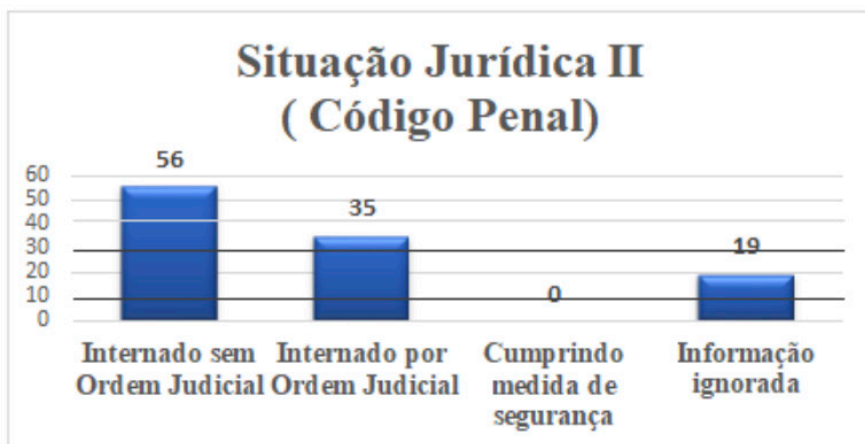
Segundo o Censo realizado na Clínica de Repouso Santa Lúcia, Nova Friburgo, 35 dos pacientes entrevistados foram internados por ordem judicial.

⁴² ROCHA, Érica Regina Victório. *Sob o olhar atento dos vizinhos: o processo de reforma psiquiátrica e a transformação das representações acerca da loucura no município do Carmo/RJ*. 2023. Dissertação (Mestrado em Atenção Psicossocial) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

⁴³ 52 de Nova Friburgo, 27 de Teresópolis, 4 de Duas Barras, 5 de Bom Jardim, 3 de Cordeiro, 1 de Cantagalo, 1 São José do Vale do Rio Preto, 2 de Guapimirim, 7 de Cachoeiras do Macacu, 2 de São Sebastião do Alto, 1 de Trajano de Moraes, 3 de Santa Maria Madalena, 1 de Miguel Pereira, 1 Macaé.

⁴⁴ 49 pacientes de Petrópolis, 18 do Rio de Janeiro, 2 de Teresópolis, 2 de Paraíba do Sul, 2 de Niterói e 1 de mais 7 municípios brasileiros.

Figura 4 – Situação Jurídica das Internações

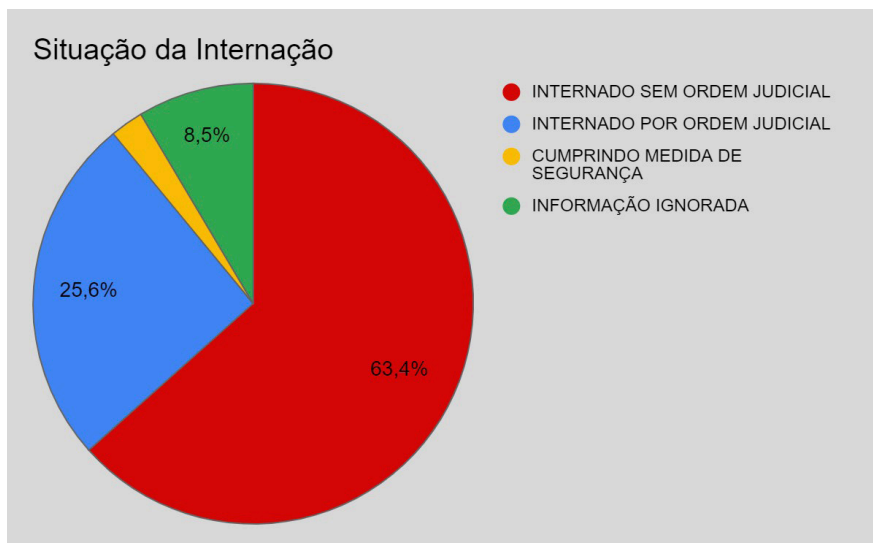


Fonte: Clínica de Repouso Santa Lúcia⁴⁵

Na Casa de Saúde Santa Mônica, em Petrópolis, o censo identificou, com base em prontuários médicos e entrevistas, que ao menos 25,6% das internações ocorreram por ordem judicial e assim permanecem por esse motivo, sem que fosse possível apurar até o presente momento, se foram internações promovidas pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado.

⁴⁵ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Coordenação de Atenção Psicossocial. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Apresentação Preliminar do Censo Psicossocial da Clínica de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo/RJ*. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/apresentacao_censo_cr_santa_lucia_1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023

Figura 5 – Situação de Internação



Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁴⁶

Não há intenção de apurar como aconteceram essas internações ou lançar críticas sobre os motivos que respaldaram essas medidas, muitas vezes decorrentes de indicação clínica da própria Rede de Atenção Psicossocial ou por insistência de núcleos familiares vulnerabilizados pela convivência com a pessoa com deficiência e a fragilidade da rede.

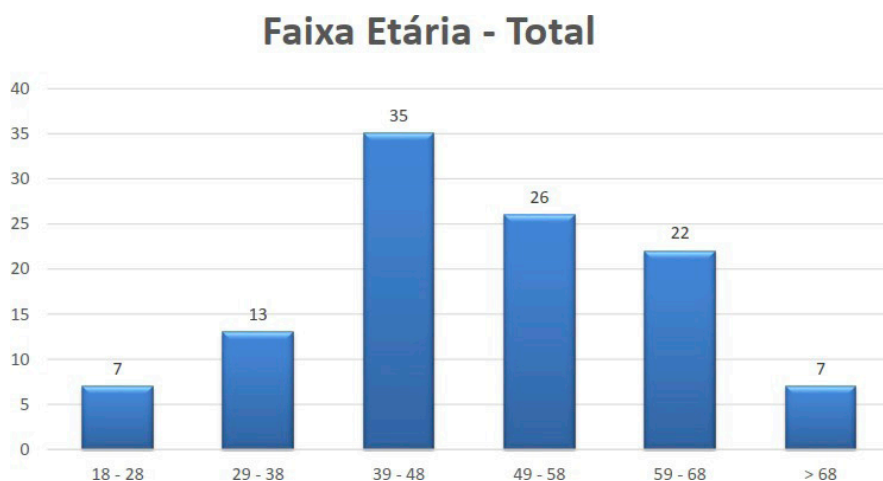
A intenção é indicar que essas internações não encontram fundamento legal na Lei Antimanicomial que vigora desde 2001 e que grande parte das pessoas que permanecem internadas nessas duas instituições objeto da Força Tarefa Desinst, algumas delas por ações ajuizadas pelo Ministério Público e/ou Defensoria Pública, estão na faixa etária mais produtiva da vida, são relativamente autônomas e que, quando encontram um lugar de cuidado e respeito às suas deficiências e liberdades, seguindo as diretrizes legais, vivem absolutamente adaptadas, sem sofrer ou provocar qualquer violação de direitos.

⁴⁶ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico*: Casa de Saúde Santa Mônica. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

Enquanto enxergarmos e instituições apenas como matéria de ordem coletiva, que exige mudanças estruturais e complexas, sem enxergar as pessoas que habitam esses lugares dentro de suas individualidades e possibilidades, nossos esforços continuarão sendo em vão.

Os censos identificam que a maioria dos pacientes internados tem entre 39 e 48 anos e em ambos ainda consta diagnosticado que mais de 60% têm vínculos familiares, todavia, 58% em Nova Friburgo e 57% em Petrópolis têm como vínculo de moradia o Hospital, sem lugar para ficar fora dele. Seguem os gráficos, respectivamente, das Clínicas Santa Lúcia e Santa Mônica.

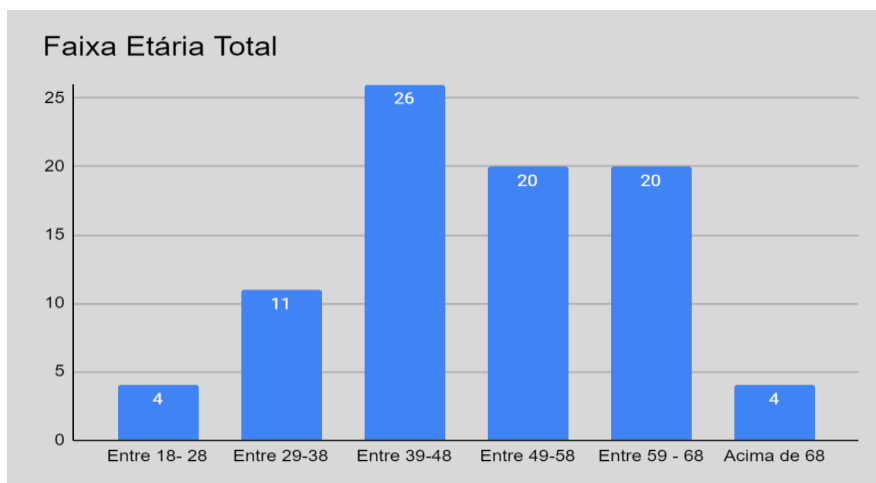
Figura 6 – Faixa etária dos internados – Clínica Santa Lúcia



Fonte: Clínica de Repouso Santa Lúcia⁴⁷

⁴⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Coordenação de Atenção Psicossocial. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Apresentação Preliminar do Censo Psicossocial da Clínica de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo/RJ*. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/apresentacao_censo_cr_santa_lucia_1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

Figura 7 – Faixa etária dos internados – Clínica Santa Mônica



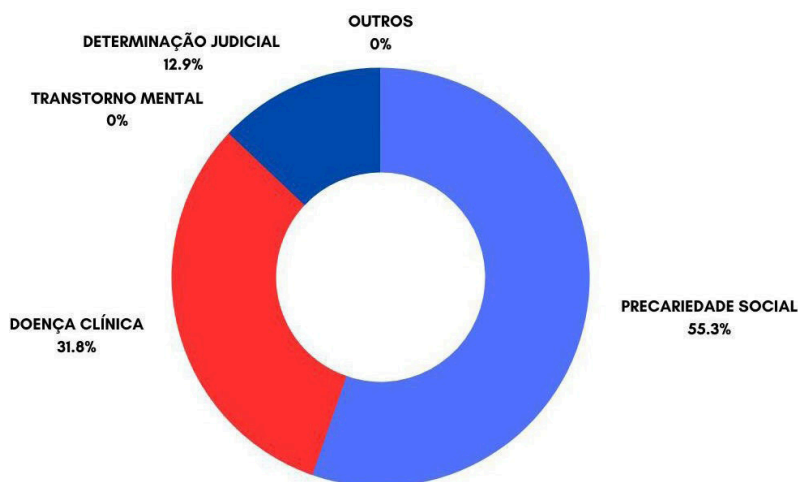
Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica.⁴⁸

Um dos itens do Censo consiste em identificar o motivo de permanência na internação. Em Nova Friburgo, 26% permanecem por precariedade social, 14% por determinação judicial e 10% não sabem explicar.

Em Petrópolis, conforme evidencia o gráfico, 55,3% permanecem internados por precariedade social e 12,9% decorrem de ordem judicial:

⁴⁸ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico*: Casa de Saúde Santa Mônica. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

Figura 8 – Motivos de permanência na internação



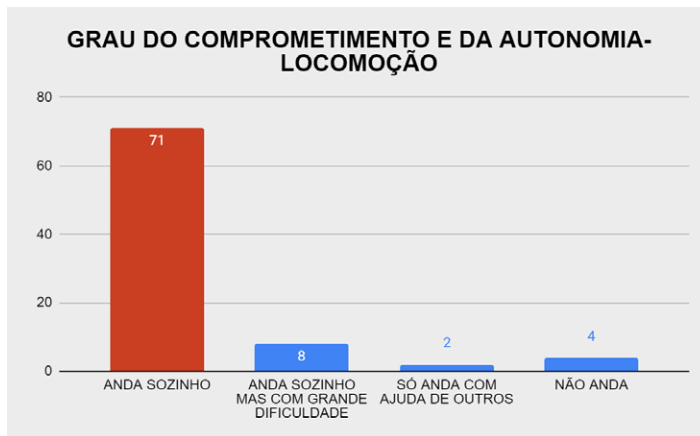
Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁴⁹

Finalmente é importante ressaltar mais dois dados dos censos: 70% dos pacientes da Casa de Repouso Santa Lúcia, em Nova Friburgo falam; mais de 85% andam sozinhos; 89% vestem-se adequadamente e se alimentam sozinhos e 80% tomam banho e se vestem sozinhos. Suas atividades diárias na Casa de Saúde em grande maioria consistem em caminhar pela clínica durante o dia (57%) e 30% passam o dia na cama.

Em Petrópolis, na Casa de Saúde Santa Mônica, 57% falam; 71% andam sozinhos; 73% comem sozinhos e adequadamente; 62% tomam banho e se vestem sozinhos. 58% perambulam pela clínica durante o dia e 21% passam grande parte do dia deitado na cama. Como se depreende, a grande maioria tem autonomia. Esses são os gráficos ilustrativos apresentados pelo Censo da Casa de Saúde Santa Mônica.

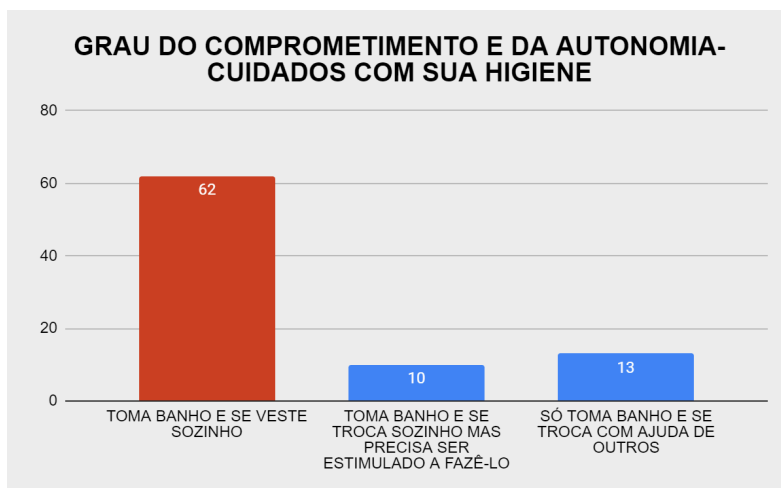
⁴⁹ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico*: Casa de Saúde Santa Mônica. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

Figura 9 – Grau de autonomia - Locomoção



Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁵⁰

Figura 10 – Grau de autonomia - Higiene

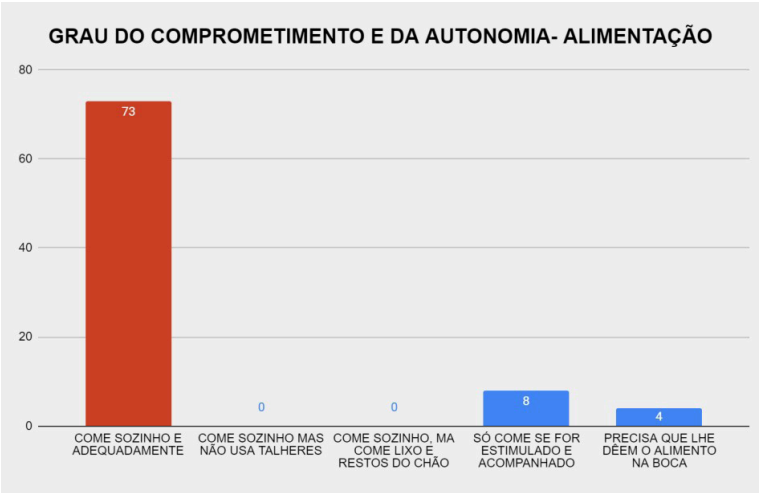


Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁵¹

⁵⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico*: Casa de Saúde Santa Mônica. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

⁵¹ *Ibid.*

Figura 11 – Grau de autonomia – Alimentação



Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁵²

Figura 12 – Grau de autonomia - Outros



Fonte: Casa de Saúde Santa Mônica⁵³

⁵² RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico*: Casa de Saúde Santa Mônica. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

⁵³ *Ibid.*

Esses dados justificam as conclusões destacadas em ambos os censos: *o motivo da permanência na internação atual é o próprio processo de institucionalização, típico da instituição manicomial.*

Eles também indicam que as vulnerabilidades dos núcleos familiares de onde esses pacientes saíram (somada às vulnerabilidades do próprio paciente) são substituídas por violações de direitos que são intensificadas na instituição, considerando as consequências nocivas dos longos períodos de internação.

Essas violações de direitos se iniciam com a ruptura dos laços sociais e familiares e desvinculam o usuário/paciente da rede de atenção psicossocial, fluxo que desestimula o fortalecimento dessa rede, na medida em que não há censura alguma nas hipóteses em que os sistemas de saúde e até mesmo o de justiça promovem pela internação psiquiátrica e permitem que ela permaneça longa e muitas vezes definitiva.

Ainda há expressivo número de pessoas invisíveis, que permanecem nesses lugares violadores de direitos humanos até morrer e, conforme identificado nos censos psicossociais acima referidos, a grande maioria está no ápice de sua vida produtiva e com perspectiva de permanecer internada por precariedade social, em que pese a evidência de que a grande maioria é autônoma e possui vínculos familiares.

Fechar espaços de isolamento exige a desarticulação de práticas segregativas com as pessoas que existiam nesses lugares, cuidando e potencializando seus habitantes para que possam viver e conviver livres em seus territórios ou em lugares onde seus direitos serão respeitados.

Essa afirmação vem da experiência no processo de desinstitucionalização em Carmo, com o encerramento das atividades de um Hospital Psiquiátrico estilo Colônia, localizado numa Fazenda de propriedade do Estado do Rio de Janeiro com 160 alqueires de terras, criado em 1947, com 440 leitos credenciados pelo SUS. Em 2001, quando iniciou o processo de encerramento de suas atividades, havia 250 homens com histórico de internação superior a 25 anos.

A desinstitucionalização em Carmo se desenvolve há mais de 22 anos. Ela foi costurada por um grande Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre Ministério Público (Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo - Teresópolis), Município de Carmo e Estado do Rio de Janeiro. A partir do ano de 2008 o TAC passou a ser fiscalizado pela Promotoria de Justiça de Carmo, onde atuávamos como titular, ampliando, assim, nossas atribuições na tutela individual e coletiva do projeto

Carmo já sediou 29 Serviços Residenciais Terapêuticos que deram moradia para cerca de 170 homens desinstitucionalizados. Foi promovida a tutela individual de cada uma dessas pessoas. Hoje ainda há 17 Residências Terapêuticas onde vivem cerca de 113 pessoas.⁵⁴

A partir de um plano de reorientação da assistência psiquiátrica ancorada na potência que o Ministério Público possui no exercício de uma de suas incumbências

⁵⁴ Informações dadas pelo Diretor do Núcleo Estadual de Saúde Mental em Carmo – Dr. Rodrigo Japur.

constitucionais, foi realizado, em parceria com todos os atores que conduziam esse enorme projeto de cidadania, efetivas mudanças na prática do cuidado e diversas integrações envolvendo dimensões clínica, política, administrativa, social e jurídica.

Os dados obtidos pelos censos apenas indicam um cenário da realidade coletada naquele momento em que os relatórios são produzidos. O exercício da tutela individual de cada uma dessas pessoas longamente internadas realça sobremaneira o grau de violação de direitos por elas experimentados e o quanto o Ministério Público mostra-se, mais uma vez, comprometido “na sua condição de guardião dos direitos individuais e coletivos indisponíveis de portadores de transtornos mentais”.⁵⁵

6. A potência da força tarefa desinstitucionalização psiquiátrica e de pessoas adultas com deficiência e como as estratégias de atuação com enfoque na construção dos sujeitos fortalece a rede de atenção

A Proposta da Força Tarefa delimita a processo histórico da luta antimanicomial no Brasil, descreve o objeto da FT Desinst indicando os números de internações e portas abertas para novas internações no Estado do Rio Janeiro em dados coletados em 2021, os casos notificados ao MP, especialmente aqueles que foram inspecionados em 2018 pelo Mecanismo Nacional de Combate a Tortura (MNCT) Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Federal de Psicologia.

Os Censos Psicossociais já referidos neste trabalho e as Informações Técnicas (IT) nas unidades produzidas pelo GATE do MPRJ, delimitaram as instituições que seriam objeto da Força Tarefa. Destacam-se as IT realizadas na Clínica de Repouso Santa Lúcia, em Nova

Friburgo: IT 983 de 19/10/21; IT 161 de 25/02/22 e IT GATE 742 de 20/06/2022 e as realizadas na Casa de Saúde Santa Mônica (CSSM), em Petrópolis: Síntese Informativa 08/22; IT 419/22 de 03/05/22; IT 104/23 de 1º/02/23; IT 216 de 02/03/23 e 443/23 de 24/04/23.

Digno de destaque que a CSSM foi a única que passou pela Avaliação Quality Rights que aconteceu em 2019 e, de acordo com os relatórios e informações técnicas atuais indicadas pelo Censo Psicossocial, a qualidade de serviço em saúde dessa unidade, apesar de encontrar-se em processo de desinstitucionalização, piorou.⁵⁶

As diversas Informações Técnicas produzidas pelo Grupo de Apoio Técnico do MPRJ somadas aos Censos Psicossociais nas clínicas Santa Lúcia e Santa Mônica,

⁵⁵ Resumo da perspectiva de atuação do MP com a implantação do Módulo de Saúde Mental. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Módulo de Saúde Mental. *Relatório do Módulo de Saúde Mental - 2012*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Direito é qualidade*: kit de ferramentas de avaliação e melhoria da qualidade e dos direitos humanos em serviços de saúde mental e de assistência social. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/bvsms/resource/pt/mis-37895>. Acesso em: 21 nov. 2023.

acendeu as primeiras luzes sobre as pessoas que estão internadas nesses lugares, o que foi corroborado pelos Censos Psicossociais.

As constatações e narrativas constantes dessas informações técnicas são estarrecedoras e, apesar do tempo decorrido entre as primeiras informações e o tempo atual, esses lugares pioraram, assim como estão muito piores as pessoas que ainda permanecem internadas.

A Força Tarefa implementada pelo MPRJ com o duplo viés de atuação (tutela individual e coletiva) tem como pretensão identificar e cuidar dos indivíduos em longa internação psiquiátrica e da estruturação de toda a Rede de Atenção Psicossocial das cidades envolvidas nesse processo de internação e desinternação, evidenciando na prática, a diferença entre desospitalização e desinstitucionalização.

Merece ser destacado, todavia, que pertence a (s) promotoria (s) de justiça da tutela coletiva e individual das cidades sede das citadas instituições a atribuição para atuar no resgate do direito dessas pessoas desde 2001, marco nacional da política antimanicomial.⁵⁷

A realização desse esforço extra institucional tem resultado em grandes avanços na situação de internações em hospitais psiquiátricos e a implementação de ações de suporte com a rede de atenção psicossocial dos municípios sede dos HP's (hospitais psiquiátricos) e nos municípios internantes, ao mesmo tempo em que tem capacitado os membros integrantes da FT, promotores e servidores, na completa tarefa de reconstrução de vida dessa clientela hipervulnerável e na desarticulação dessas violações de direitos.

A FT Desinst finaliza o processo de desinstitucionalização da Clínica de Repouso Santa Lúcia, em Nova Friburgo e inicia a do Hospital Psiquiátrico Santa Mônica, em Petrópolis.

A identificação de todas as pessoas internadas e a atualização de todos os seus documentos é tarefa imprescindível para alcançar acesso aos direitos sociais atualmente disponíveis, especialmente previdência social e seguridade social.

Nessa esteira, suas certidões de nascimento/casamento são atualizadas, mediante solicitação da segunda via através de simples ofício aos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais onde foram registrados.

Para as pessoas que não têm documento algum, são promovidas ações de registro tardio, tendo como base os dados que constavam de seus prontuários médicos, como o então paciente se identifica e segundo informações por ele apresentadas a equipe.

Nome de mãe, data, local de nascimento são dados imprescindíveis para que o registro de nascimento realizado tardiamente seja útil ao sujeito para conquistar seus demais direitos sociais.

⁵⁷ Entendimento institucional definido nos autos do procedimento SEI n. 20.22.0001.0016029.2022-50 – Dúvida de atribuição instaurada a pedido dos Centros Operacionais das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva da Pessoa com Deficiência e Centro Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva da Defesa da Saúde.

Com efeito, para a inscrição do Cadastro Nacional de Pessoa Física (CPF), são necessários os dados acima mencionados e ainda o título de eleitor. As exigências da previdência social são ainda mais amplas.

Neste trabalho cuidadoso que denominamos de *construção do sujeito* o processo de escuta é fundamental. A partir de informações prestadas pelo próprio paciente é possível localizar seu registro civil de nascimento original, mesmo estando há mais de trinta anos sem qualquer dado sobre a sua pessoa nos prontuários médicos e sem qualquer documento consigo.

Experiências de trabalho revelam estórias de dezenas de pacientes longamente internados e sem qualquer documento e que tiveram seus registros tardios promovidos pelo Ministério Público entre os anos de 2004 e 2005, chancelados pelo Poder Judiciário, para a confecção de um registro onde constava apenas o primeiro nome do paciente, sem nome de mãe, data e local de nascimento. A mobilização do sistema de justiça foi absolutamente em vão.

Alguns desses pacientes foram acolhidos no Serviço Residencial Terapêutico em Carmo a partir do ano de 2014 e naquela ocasião foram promovidas a retificação desses registros de nascimento tardio, incluindo os dados mínimos necessários e a partir de informações obtidas com o próprio paciente. Ele próprio dizia às equipes de acolhimento e cuidado o nome de sua mãe, data e cidade de nascimento. Através de diálogos mantidos com essas pessoas a equipe de Desinst de Carmo conseguiu localizar cinco documentos originais desse grupo de pacientes que estava há décadas internada sem qualquer documento, assim como conseguiu localizar suas respectivas famílias.⁵⁸

Em atuação pela FT Desinst neste ano de 2023 em uma das instituições objeto de atuação ainda foram identificados seis pacientes na mesma situação de décadas atrás.

Como se depreende, as pessoas são internadas nessas instituições e marcam ali o princípio de sua morte civil. Conforme diagnosticado pelos Censos Clínicos apresentados e nas condutas médicas manicomiais ainda praticadas em 2023, muito embora a grande maioria tenha autonomia, ninguém dialoga com essas pessoas nesses lugares e sequer permite que elas tenham a menor possibilidade de retomar à sua individualidade e à vida em liberdade.

A atribuição na FT Desinst consiste na tutela individual dos indivíduos longamente internados. Com base nas informações constantes do Censo realizado pelo Estado, foram instaurados Procedimentos Administrativos⁵⁹ individuais, realizadas reuniões com a equipe técnica em atuação na Clínica para orientá-los na confecção de

⁵⁸ Pacientes que tinham sido transinstitucionalizados de outro Hospital Psiquiátrico do Estado do Rio de Janeiro para a Casa de Saúde Santa Mônica, em Petrópolis.

⁵⁹ Art. 32, III da Resolução GPGJ 2227/18 – “Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do MPRJ”. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

Relatórios Individuais capazes de nos subsidiar na identificação do sujeito enquanto paciente, cidadão e as relações que mantêm com seus núcleos familiares.

Esses relatórios individuais, aliado ao resultado do Censo Psicossocial, norteiam a equipe nas indicações de desospitalização: se retorno familiar ou serviço residencial terapêutico.

Para a confecção das narrativas as equipes técnicas são motivadas a ouvir os pacientes, suas famílias e observar como eles se relacionavam no pouco contato que mantêm nos dias de visita.

As equipes precisam descrever se o paciente mantém relação afetiva com a família ou responsável, se é curatelado e por quem; se possui alguma renda (benefício previdenciário ou assistencial) e se tem acesso a ele; se seus documentos estão atualizados, entre outros dados necessários ao acesso aos direitos sociais dessas pessoas.

Hoje, o processo eletrônico, a informatização dos cartórios, os mecanismos de pesquisa disponibilizados pela COESUB (Comissão Permanente Multidisciplinar de Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica do MPRJ) e as demais ferramentas e serviços necessários ao acesso dos direitos sociais dessas pessoas, contribuem sobremaneira para esse trabalho, que é complexo, mas urgentemente necessário, considerando o número de pessoas que habitam hospitais psiquiátricos e demais instituições públicas e privadas de saúde, assistência social, sistema penal, além das atuais e economicamente fortalecidas comunidades terapêuticas, todas com características asilares.

Conforme já exposto, a tutela individual do paciente em longa internação psiquiátrica se destaca porque é a partir do sujeito que a política pública se constrói na dimensão da importância que ela merece.

Assim, até o momento, apenas em Nova Friburgo, em auxílio consentido às respectivas Promotorias de Justiça naturais, desde o início da atuação da FT DESINST entre os meses de maio e junho de 2022, foram instaurados 119 procedimentos administrativos e em tramitação do SEI, foram acompanhadas 45 altas para retorno ao lar e inserção da RAPS e o matriciamento na atenção primária do Município; foi realizada uma reunião coletiva com as famílias e 31 famílias foram atendidas individualmente. Foram ajuizadas 37 ações de nomeação ou substituição de curatela, 1 ação e registro tardio de nascimento e 6 de retificação de registro tardio de nascimento (estes relativos aos pacientes da Casa de Saúde Santa Mônica em Petrópolis).

Em Petrópolis a FT DESINST está iniciando a atuação na vertente da tutela individual das 74 pessoas que ainda permanecem internadas, com instauração do mesmo número de procedimentos administrativos e dezenas de diligências já realizadas.

Concomitantemente, os Promotores que atuam na vertente da tutela coletiva implementam, em auxílio à Promotoria de Tutela Coletiva natural, todas as demandas judiciais e extrajudiciais pertinentes ao fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial, com algumas prioridades: fechar a porta de entrada da instituição (proibir novas

internações e repasses financeiros que custeia essas vagas); implementar os leitos de retaguarda⁶⁰ (ou leitos de urgência à crise) em todos os Municípios impactados pelos processos de desinstitucionalização (municípios internantes); mobilizar e responsabilizar todas as redes de atenção psicossocial dos municípios internantes para que se aproximem e trabalhem na desospitalização e desinstitucionalização de seus pacientes, adaptando-os aos seus territórios e núcleos familiares através de Terapias Residenciais (o paciente passa fins de semana ou poucos dias com seus familiares em suas casas e retorna ao hospital até final adaptação).

Ainda no contexto da atuação da tutela coletiva, a FT Desinst cobra dos Municípios que têm no mínimo quatro pacientes longamente internados e com indicação para Serviço Residencial Terapêutico, a implantação do dispositivo em número suficiente para acolher todas as indicações que suas respectivas RAPS elaboraram, tendo como primeira estimativa o Censo Psicossocial.

Em Nova Friburgo foram recentemente implementados 4 Serviços Residenciais Terapêuticos. Três imóveis onde funcionam essas RT's foram adquiridos pelo Município de Nova Friburgo com verba direcionada pelo Ministério Público do Trabalho, proveniente de multa executada em razão de descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta pelo Município, onde foi pactuado com o próprio executado a melhor destinação dos valores, tudo conforme consta descrito e documentado nos autos do ExTACa 0001122-69.2021.5.01.0511 do TRT da 1ª Região. A atuação do MPRJ nesse percurso de desinstitucionalização foi determinante para que esse fundamental direcionamento da multa acontecesse.

Nessa mesma estratégia foi efetivamente implantado o CAPS III, fortalecidos os CAPS II e CAPS AD (álcool e outras drogas), ampliados para oito os leitos de saúde mental no Hospital Raul Sertã (leitos urgência à crise) e incrementadas as Unidades de Saúde de Família com psicólogos e psiquiatras em unidades estratégicas para viabilizar o matriciamento dos usuários em seus territórios e nomeado um Supervisor Clínico Institucional.⁶¹

⁶⁰ Leitos Instituídos pela Portaria 148, de 31 de janeiro de 2012, do Ministério da Saúde - Define as normas de funcionamento e habilitação do Serviço Hospitalar de Referência para atenção a pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades de saúde decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas, do Componente Hospitalar da Rede de Atenção Psicossocial, e institui incentivos financeiros de investimento e de custeio. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 148, de 31 de janeiro de 2012*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0148_31_01_2012.html. Acesso em: 21 nov. 2023.

⁶¹ Definido pela Portaria GM/MS nº 1.174/2005, em seu Art. 3º: “o trabalho de um profissional de saúde mental externo ao quadro de profissionais do CAPS, com comprovada habilitação teórica e prática, que trabalhará junto à equipe do serviço, no sentido de assessorar, discutir e acompanhar o trabalho realizado pela equipe, o projeto técnico do serviço, os Projetos Terapêuticos Individuais dos usuários, as questões institucionais e de gestão do CAPS e outras questões relevantes para a qualidade da atenção realizada”. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 1.174, de 07 de julho de 2005*. Destina incentivo financeiro emergencial para o Programa de Qualificação dos Centros de Atenção Psicossocial - CAPS e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1174_07_07_2005_comp.html. Acesso em: 21 nov. 2023.

Quanto aos Municípios internantes na Clínica de Repouso Santa Lúcia que possuíam menos de quatro pacientes internados, concluiu-se que não se justificaria a cobrança para implantação de SRT nos respectivos territórios. Era sabido que em Carmo, cidade da mesma região, havia vagas em suas residências terapêuticas e financiamento do estado para o custeio dessas vagas, com expertise necessária.

A FT Desinst articulou com a Secretaria de Estado de Saúde o acolhimento dessas pessoas no SRT em Carmo, o que foi autorizado através da Resolução SES 3006, de 11 de maio de 2023. A desospitalização dessas pessoas aconteceu no decorrer dos meses de julho e agosto de 2023 e as 12 pessoas acolhidas estão perfeitamente adaptadas no SRT em Carmo em franco processo de desinstitucionalização.

Além da inserção no território e toda a RAPS, alguns deles já estão matriculados em unidade escolar para ensino de jovens e adultos e a grande maioria frequenta o Centro de Convivência, onde vivenciam experiências com música, dança, teatro e capoeira.

Em Teresópolis também foram recentemente implantadas mais três Residências Terapêuticas, que acolhem os 17 pacientes em longa internação na CRSL e mais 6 que serão desinstitucionalizados da Casa de Saúde Santa Mônica, em Petrópolis.

Desde o início do processo de desinstitucionalização o Município de Petrópolis implementou um SRT, um CPS III e tem seguido no percurso da política antimanicomial.

Enquanto aguardavam a efetiva desospitalização, as pessoas internadas na CRSL e na CSSM, tiveram seus direitos sociais conquistados resultado do exercício da tutela individual e, ao mesmo tempo, eram preparadas para o reconhecimento do território, das Rede de Atenção Psicossocial, dos dispositivos da atenção primária do SUS e da Assistência Social.

Nesse aspecto que retornamos a reforçar a potência da tutela individual, fundamentada no empoderamento do sujeito ao alcançar seus direitos sociais, destacando que o processo de desinstitucionalização se inicia muito antes da desospitalização.⁶²

Com efeito. Cada morador de um SRT tem direito a dois benefícios previdenciários, o BPC (Benefício de Prestação Continuada) no valor de 1 salário-mínimo e o decorrente do Programa De Volta Para Casa, implementado pelo governo federal através da Lei 10.708/2003 como incentivo aos processos de desinstitucionalização. Esses benefícios totalizam uma renda per capita superior a R\$ 1.800,00.

⁶² Conforme bem definido pelo GATE na IT n. 1316/18: “Desinstitucionalizar é um processo complexo, subjetivo e social, de mudança de concepções e relações; enquanto desospitalizar é um ato marcado no tempo que implica a saída do leito hospitalar. É importante observar que embora sejam diferentes, são comumente utilizadas como sinônimos; muitas vezes quando se diz desinstitucionalizar está se falando apenas do ato de tirar do leito hospitalar, sem considerar o processo complexo de reinserção social e de reabilitação psicossocial”. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. GATE. *Informação Técnica nº 1316, de 12 de novembro de 2018*. Política Nacional de Saúde Mental. Desinstitucionalização. Análise da implementação da Política de Desinstitucionalização. Elaboração de diretriz técnica. Diretriz Técnica para fiscalização de Serviço Residencial Terapêutico (SRT). Rio de Janeiro: MPRJ, 2018.

Essa renda é livre de despesas como aluguel, cesta básica, luz, água e cuidadores. Por isso, ela circula pela cidade na aquisição de produtos, serviços e lazer. Em Carmo, toda essa renda é administrada pela Associação dos Usuários, Familiares e Amigos do Serviço de Saúde Mental em Carmo (AUFASSAMC), que faz a prestação de contas judicial e sua administração já viabilizou, inclusive, a aquisição de um automóvel tipo Van, que com frequência leva os pacientes para inúmeros passeios, diversão mais escolhida pelos moradores.

Em Carmo, os moradores passaram a interagir com a população, circular e consumir no comércio local. Muitos frequentam escola, academias e circulam livremente pela cidade, movimentando sobremaneira o comércio local. Esse movimento de empoderamento dos moradores do SRT em Carmo, inspirou a reportagem publicada pelo Jornal O Globo em 17/08/2014 com o título: Ex-internos do hospital psiquiátrico dão fôlego à economia de Carmo, no interior do estado.⁶³

O acesso aos direitos sociais conferidos a essa clientela, viabilizado pela estratégia de reconstrução do sujeito que a tutela dos direitos individuais almeja, provocou mudanças clínicas significativas em todos eles. O fim da condição de vulnerabilidade econômica conduziu a melhoria dos sintomas clínicos que excluía ou impedia o paciente de saúde mental do convívio social. No mesmo sentido, ela viabilizou várias altas para retorno familiar, considerando que o então membro excluído, voltar para o seu núcleo, com uma força econômica significativa.

Assim como aconteceu em Carmo a partir de 2001, a atuação da FT Desinst possibilitou que todos os pacientes em longa internação psiquiátrica fossem desinstitucionalizados (para retorno familiar ou para SRT) com todos os seus documentos regularizados e seus benefícios assistenciais ou previdenciário concedidos.

7. A FT Desinst e as relações intersetoriais necessárias à reconstrução dos sujeitos no processo de desinstitucionalização

A atuação em uma Força Tarefa que materializa uma estratégia institucional inédita proporciona um lugar de autoridade e respeito diferenciados se comparado à atuação solitária praticada em uma Promotoria de Justiça.

Todavia, em razão de seu ineditismo, a Força Tarefa não foi estruturada com roteiro de atuação planejado, especialmente no que pertine à tutela individual. Institucionalmente o MPRJ possui muitas orientações técnicas destinadas à implementação de políticas públicas prestacionais em saúde mental, mas para o exercício da tutela individual dessa clientela não há um manejo estabelecido e conhecido.

Para ingressar no campo de articulação com inúmeras outras instituições que são implicadas na reconstrução da vida das pessoas longamente institucionalizadas, a

⁶³ BERTA, Ruben; ARAÚJO, Paulo Roberto. Ex-internos de hospital psiquiátrico dão fôlego à economia de Carmo, no interior do Estado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 ago. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/ex-internos-de-hospital-psiquiatrico-dao-folego-economia-de-carmo-no-interior-do-estado-13632326#ixzz4i17oux2>. Acesso em: 20 nov. 2023.

FT Desinst foi formalmente apresentada, ao mesmo tempo em que buscou sensibilizar acerca da violação de direitos que essas pessoas são submetidas há tantos anos.

Uma vez identificada toda a clientela longamente internada, relacionadas às demandas necessárias, todos os Municípios internantes foram contatados individualmente, visando estabelecer tarefas destinadas ao início do trabalho de desinstitucionalização de acordo com as indicações, delegando diligências inerentes às respectivas atribuições como, por exemplo, localização de documento, providências para renovação da carteira de identidade e atualização do CadÚnico de seus municípios.⁶⁴

Foi necessária a interlocução com as Secretarias de Assistência Social dos Municípios internantes, para realização de atuação prioritária visando a atualização de documentos, cadastros e engajamento das equipes da rede SUAS (Serviço Único de Assistência Social) com a rede de atenção psicossocial.

As Promotorias de Justiça dos municípios internantes também foram contatadas, a fim de que tivessem conhecimento acerca da atuação da FT Desinst e que tão logo ocorresse desospitalização do paciente em seu território (para retorno familiar ou serviço residencial terapêutico), a fiscalização do processo de desinstitucionalização no local passa a ser de sua atribuição.

A FT Desinst articulou com o DETRAN/RJ para obtenção de segunda via do Registro Geral de diversos pacientes, confecção do próprio documento, viabilizando diligências na própria Clínica, como, por exemplo, coleta de digitais.

Os Cartórios Eleitorais também foram inseridos nas articulações, tendo em vista que só é possível regularizar ou fazer o Cadastro de Pessoa Física (CPF) quem tem ou está com título eleitoral regular.

A FT Desinst estabeleceu cooperação com a superintendência do INSS da região abrangida no processo de desinstitucionalização, visando estreitar contatos para pesquisas, esclarecimentos e realização de perícia médica, bem como atendimento especial às demandas por ela solicitadas.

No início dos contatos com as unidades de atendimento do DETRAN, INSS e Receita Federal, as assistentes sociais lotadas no Núcleo de Apoio Tecno Especializado (NATE) do CRAAI (Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional – MPRJ) de Nova Friburgo, foram orientadas a entregar em mãos os ofícios solicitando as diligências e explicar a direção de cada unidade o objeto de nossa atuação. Esse contato provocou movimentos de cooperação que viabilizaram e agilizaram as diligências de forma significativa. Percebeu-se, ainda, que os representantes desses setores se afetavam positivamente pelo propósito desse trabalho.

⁶⁴ O Cadastro Único é um registro que permite ao governo saber quem são e como vivem as famílias de baixa renda no Brasil. Ele foi criado pelo Governo Federal, mas é operacionalizado e atualizado pelas prefeituras de forma gratuita, através dos CRAS – Centro de Referência Assistência Social.

Com essa mesma estratégia foram mantidos contatos e solicitadas diligências com os Cartórios de Registro de Pessoas Naturais para obtenção da segunda via da certidão de nascimento ou casamento necessária à atualização do RG.

A FT Desinst, no viés da tutela individual, ainda articulou com a Superintendência da Caixa Econômica Federal em Nova Friburgo, para viabilizar o melhor acolhimento das demandas pertinentes a abertura das contas bancárias dos titulares de benefício previdenciário/assistencial.

Foi ainda estabelecida importante e inédita parceria com a Defensoria Pública da União que atua na região, que assumiu o ajuizamento de todas as ações previdenciárias que foram identificadas como necessárias para concessão ou restabelecimento de benefícios assistenciais ou previdenciários.

Ainda nesse processo de reconstrução dos sujeitos e cessação de diversas violações de direitos identificadas na análise dos relatórios individualizados quanto a administração de benefícios previdenciários e assistencial de pacientes curatelados, mostrou-se necessário a substituição da curatela ou promoção da curatela de outros ainda não curatelados.⁶⁵

Nesse sentido, diante da dificuldade em nomear curadores em prol de curatelados sem familiares conhecidos ou que não possam exercer o múnus, bem como aqueles que se encontram em Residências Terapêuticas, internados em hospitais psiquiátricos, Abrigos e Unidades de Reinserção Social, foi firmado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pelo Tribunal de Justiça deste Estado convênio com o Conselho Regional de Contabilidade – CRC,⁶⁶ que disponibilizou profissionais aptos ao exercício do encargo, mediante remuneração na forma do artigo 1.752, do Código Civil.

Trata-se de grande conquista institucional mediada pelo CAO Cível e Pessoa com Deficiência e CAO Idos, que viabilizou a cessação de inúmeras violações de direitos promovidas por curadores que malversavam as rendas dos curatelados ou os abandonavam em total desassistência proporcionada pela institucionalização. Trata-se de uma violação de direito muito praticada contra o paciente internado, que não proporciona despesa alguma ao familiar curador e ainda sustenta o núcleo familiar do qual foi afastado.

Os contadores/curadores foram e são continuamente capacitados por profissionais que atuam em apoio aos Centros Operacionais das Promotorias de Justiça Cíveis e Pessoa Com Deficiência e Idoso, com todas as orientações de atuação

⁶⁵ A estratégia da curatela mostrou-se mais segura nessa etapa do processo de desinstitucionalização para fins de maior controle das rendas das pessoas que passarão a viver em SRT.

⁶⁶ O convênio foi recentemente atualizado, mas ainda não disponível para consulta nos bancos de dados do MPRJ. Cf. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. *Termo de Convênio MPRJ nº 039/2019*. Convênio de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CRC, 2019. Disponível em: <https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/termodeconveniocrc.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

disciplinadas pela Cartilha divulgada pelos mesmos CAOS denominada “Convênio CRC/MPRJ/TJRJ para exercício da curatela por contadores.”⁶⁷

São realizadas reuniões para capacitação e apresentação dos contadores/curadores a todos os demais atores que já atuam no processo de desinstitucionalização, apresentando-os aos demais serviços que compõem a rede de direitos sociais que estavam sendo alcançados pelos pacientes curatelados, como INSS, CEF, DENTRAN, Receita Federal e Promotorias de Justiça naturais que acompanharão os processos de curatela e prestação de contas.

A relação pessoal e de afeto que esses contadores/curadores já estabeleceram com os curatelados pela FT Desinst em Nova Friburgo, tem revelado muitas experiências que merecem ser descritas em outra oportunidade. Essas experiências exitosas precisam ser reveladas para que o compromisso institucional do Ministério Público saia de nossas inspirações e passe a existir e transformar positivamente vidas tão marginalizadas.

A FT Desinstitucionalização psiquiátrica conta com a colaboração de assessores não exclusivos, uma técnica processual também não exclusiva à essa atuação e três residentes jurídicos que ingressaram na equipe apenas no início deste ano de 2023. Todos são instruídos e continuamente orientados acerca dos propósitos desta atuação. Atualmente, além da coordenação, há mais quatro promotores designados e divididos entre o exercício da tutela individual e coletiva para o processo de desinstitucionalização de hospitais psiquiátricos e instituições de longa permanência de pessoas adultas com deficiência.

Não existe um protocolo, mecanismo ou roteiro de atuação pronto e embora o MPRJ disponibilize ferramentas capazes de auxiliar o Promotor de Justiça nessa completa atuação, ainda não criou um fluxo de trabalho que reúna todos os meios de articulação.

Nessa primeira experiência de encerramento de uma das mais antigas clínicas psiquiátricas no Estado do Rio de Janeiro, a Clínica de Repouso Santa Lúcia, a FT Desinst viabilizou, após dezoito meses de atuação, o restabelecimento da vida de 115 pessoas em longa internação e fez surgir em quatro municípios da região serrana uma Rede de Atenção Psicossocial fortalecida, com Serviço Residencial Terapêutico em funcionamento, leitos de urgência psiquiátrica funcionando e o engajamento de toda atenção primária desses territórios no acolhimento dessas pessoas.

8. Conclusão

O MP possui um conjunto de atribuições de envergadura constitucional direcionados à garantia da efetivação dos direitos fundamentais – somos uma

⁶⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CAO Idoso. CAO Cível e Pessoa com Deficiência. *Convênio CRC/MPRJ/TJRJ para o exercício da curatela por contadores*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2022. Disponível em: [https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/ppt_convênio_crc_mprj_alterado300920\(1\)\(1\).pdf](https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/ppt_convênio_crc_mprj_alterado300920(1)(1).pdf). Acesso em: 20 nov. 2023.

instituição democrática resolutiva e o Promotor precisa assumir o seu papel de protagonista resolutivo, eficiente e interlocutor entre todos os atores envolvidos na cessação da violação de direitos dessa população.

Para muito além das urgentes desospitalizações decorrentes da luta antimanicomial, são necessárias mudanças de comportamento no trato das pessoas com deficiência mental, assim como aquelas com outras deficiências que ainda são destinadas a tratamentos segregadores, longes de seus territórios e afastadas do convívio social.

O MPRJ atualmente tem condições de construir um fluxo que indique caminhos e ferramentas necessários aos processos de desinstitucionalização a partir do sujeito institucionalizado, identificando e alavancando seus direitos individuais e sociais. Precisamos compreender que o processo de desinstitucionalização se inicia com a institucionalização, e que essa fiscalização constitui a única ferramenta capaz de impedir a morte civil das pessoas que ingressam nesse sistema asilar, ilegal e desumano.

As ferramentas hoje disponibilizadas pelo Centro Operacional Cível e da Pessoa com Deficiência, Informações Técnicas e os roteiros de atuação, somados a atuação pontual da FT Desinst, precisam ser organizadas e divulgadas a todo o sistema de justiça porque embora estejamos em franco processo de encerramento das unidades psiquiátricas de longa internação no Estado do Rio de Janeiro, outras tantas sob outra denominação, como as comunidades terapêutica e abrigos para pessoas com deficiência, estão sendo criadas, potencialmente financiadas e estimuladas por demandas provenientes, inclusive, do sistema de justiça.

A experiência no processo de desinstitucionalização em Carmo ao longo dos últimos 22 anos evidenciou que o exercício da tutela coletiva para implementação da política antimanicomial, deve partir da identificação do sujeito e da exata dimensão de todas as violações de direitos por ele vivenciadas, ou melhor, sofridas.

Como afirma Nise da Silveira, “é necessário se espantar, se indignar e se contagiar. Só assim é possível mudar a realidade”.

Os censos psicossociais avaliados neste artigo, como tantos outros que nortearam os demais processos de desinstitucionalizações ocorridas no Estado do Rio de Janeiro, representam o ponto de partida para atuação do Ministério Público e tão logo o Módulo de Saúde Mental do MPRJ consiga proporcionar funcionalidades necessárias ao processo de fiscalização das internações involuntárias, finalmente desempenharemos nosso papel de protagonismo da guarda dos direitos individuais e coletivos indisponíveis das pessoas institucionalizadas.

Referências

AIDAR, Laura. Biografia de Nise da Silveira. *Ebiografia*, [S. l.], [20--]. Disponível em: https://www.ebiografia.com/nise_da_silveira/. Acesso em: 20 nov. 2023.

BANDEIRA, Regina. Impactos da judicialização da saúde são debatidos no I Congresso do Fonajus. *CNJ*, Brasília, DF, 17 nov. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/impactos-da-judicializacao-da-saude-sao-debatidos-no-i-congresso-do-fonajus/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BERTA, Ruben; ARAÚJO, Paulo Roberto. Ex-internos de hospital psiquiátrico dão fôlego à economia de Carmo, no interior do Estado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 ago. 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/ex-internos-de-hospital-psiquiatrico-dao-folego-economia-de-carmo-no-interior-do-estado-13632326#ixzz4i17oux2>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 186, de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Decreto nº 592, 06 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20poder%C3%A1%20ser%20privado%20de,3. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=L8080&text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20o-utras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003*. Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.708.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 148, de 31 de janeiro de 2012*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0148_31_01_2012.html. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.0088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 1.174, de 07 de julho de 2005*. Destina incentivo financeiro emergencial para o Programa de Qualificação dos Centros de Atenção Psicossocial - CAPS e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1174_07_07_2005_comp.html. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Direito é qualidade: kit de ferramentas de avaliação e melhoria da qualidade e dos direitos humanos em serviços de saúde mental e de assistência social*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/bvsms/resource/pt/mis-37895>. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Saúde Mental no SUS: cuidado em liberdade, defesa de direitos e Rede de Atenção Psicossocial*. Relatório de Gestão 2011-2015. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2016.

CALCULADORA de distância entre as cidades. *Distância entre as cidades*, [S. l.], [2023]. Disponível em: <https://www.distanciaentreascidades.com.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Unidade de Fiscalização e Monitoramento das deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Sum%C3%A1rio-Executivo-Caso-Ximenes-Lopes-vs-Brasil-21.06.30.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. *Termo de Convênio MPRJ nº 039/2019*. Convênio de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CRC, 2019. Disponível em: <https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/termodeconveniocr.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

COOPER, David. *Psiquiatria e Antipsiquiatria*. Nova York: Ballantine Books, 1967.

DELAGADO, Paulo. *Paulo Delgado*, [S. l.: s. n.], [2023]. Disponível em: <https://paulodelgado.com.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

FOUCAULT, Michel. *A História da Loucura na Idade Clássica* (1961). 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Asylums: essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. [S. l.]: Anchor Books, 1961.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

MATOS, José de. *Desinstitucionalização psiquiátrica e políticas de saúde mental no Estado Rio de Janeiro*. [S. l.: s. n.], [20--].

_____. *História da Internação Psiquiátrica no Brasil*. [s. n.], Rio de Janeiro, 11 ago. 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CAO Idoso. CAO Cível e Pessoa com Deficiência. *Convênio CRC/MPRJ/TJRJ para o exercício da curatela por contadores*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2022. Disponível em: [https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/ppt_convênio_crc_mprj_alterado300_920\(1\)\(1\).pdf](https://intranet.mprj.mp.br/documents/10227/66558136/ppt_convênio_crc_mprj_alterado300_920(1)(1).pdf). Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. GATE. *Informação Técnica nº 1316, de 12 de novembro de 2018*. Política Nacional de Saúde Mental. Desinstitucionalização. Análise da implementação da Política de Desinstitucionalização. Elaboração de diretriz técnica. Diretriz Técnica para fiscalização de Serviço Residencial Terapêutico (SRT). Rio de Janeiro: MPRJ, 2018.

_____. Módulo de Saúde Mental. *Censo MSM 2013*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2013. Disponível em: http://msm.mprj.gov.br/documents/3738407/0/Censo_2013_VS2_2.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Módulo de Saúde Mental. **Censo MSM 2014**. Rio de Janeiro: MPRJ, 2014. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/Censo_MSM_2014_14042015.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Módulo de Saúde Mental. *Relatório do Módulo de Saúde Mental – 2012*. Rio de Janeiro: MPRJ, 2012. Disponível em: http://msm.mp.rj.gov.br/documents/3738407/0/relatorio_MSM2012.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Resolução GPGJ nº 1.784, de 04 de dezembro de 2012*. Cria, no âmbito do Ministério Público, o sistema eletrônico denominado Módulo de Saúde Mental, e dá outras providências. Rio de Janeiro: MPRJ, 2012. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/418904/Resolucao_1784.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023.

_____. *Resolução GPGJ nº 2.464, de 31 março de 2022*. Institui, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Força Tarefa para atuar no processo de desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos e adultos com deficiência. Rio de Janeiro: MPRJ, 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2441401/consolidada_2464.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

MUSSE, Luciana Barbosa; PESSOA, Olívia Alves Gomes; SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. *Texto para Discussão: entre Judicialização e Juridicização: por um Ministério Público resolutivo nas políticas públicas de saúde mental*. Brasília, DF: Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9479/1/td_2524.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

NASSIF, Luis. Especial CAPS: a evolução desde a reforma psiquiátrica. *Jornal GGN*, [S. l.], 30 jan. 2012. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/politicas-sociais/especial-caps-evolucao-desde-a-reforma-psiquiatrica/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

NISE da Silveira. *Wikipedia*, [S. l.], [2023]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Nise_da_Silveira. Acesso em: 20 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta de princípios para a proteção da pessoa acometida de transtornos mentais e para a melhoria da assistência à saúde mental*. [S. l.]: ONU, 1991.

_____. *Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão*. Resolução 43/173 da Assembleia Geral, de 9 de dezembro de 1988. [S. l.]: ONU, 1988. Disponível em: https://www.mppa.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/comite_contra_tortura/conjPrisao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Nova York: ONU, 2006. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Nova York: ONU, 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Plano de Ação Integral da Organização Mundial da Saúde para Saúde Mental 2013-2030*. Genebra: OMS, 2013.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Organização Mundial da Saúde. *Declaração de Caracas*. Caracas: OPAS: OMS, 1990. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_caracas.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

PAIXÃO, Gabriela Silva. Hospital de Custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil: uma análise sobre seus fundamentos e permanência. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 82-102, jan./jul. 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/354049062_Hospital_de_Custodia_e_Tratamento_Psiquiatrico_no_Brasil_uma_analise_sobre_seus_fundamentos_e_permanencia. Acesso em: 20 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Governo do Estado. Coordenação de Atenção Psicossocial. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Apresentação Preliminar do Censo Psicossocial da Clínica de Repouso Santa Lúcia em Nova Friburgo/RJ*. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/apresentacao_censo_cr_santa_lucia_1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Governo do Estado. Secretaria de Estado de Saúde. Superintendência de Atenção Psicossocial e Populações em Situação de Vulnerabilidade. *Censo clínico: Casa de Saúde Santa Mônica*. Teresópolis, RJ: Governo do Estado, 2023.

ROCHA, Érica Regina Victório. *Sob o olhar atento dos vizinhos: o processo de reforma psiquiátrica e a transformação das representações acerca da loucura no município do Carmo/RJ*. 2023. Dissertação (Mestrado em Atenção Psicossocial) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

SZASZ, Thomas S. *O mito da doença mental*. Nova York: Harper & Row Publishers/Perennial Library, 1974.

VALENTE, Pablo. Conheça como é composta a RAPS: Rede Atenção Psicossocial. *CENAT, [S.l.]*, [20--]. Disponível em: <https://blog.cenatcursos.com.br/conheca-raps--rede-atencao-psicossocial/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Princípio constitucional da ampla defesa da vítima: exegese do art. 5º, LV, da Constituição Federal e incidência no processo penal brasileiro

Valerio de Oliveira Mazzuoli*
Kledson Dionysio de Oliveira**

Sumário

1. Introdução. 2. Deveres de proteção dos direitos humanos e fundamentais. 3. Consequências da submissão do Estado brasileiro à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4. Violações estruturais a direitos humanos pelo sistema de justiça criminal brasileiro. 4.1 Estado de impunidade estrutural. 4.2 Estado de discriminação estrutural. 5. Concretização do princípio da ampla defesa das vítimas e obrigações positivas do Estado em matéria criminal. 6. Ministério Público e defesa criminal da ordem jurídica. 7. Litigantes destinatários do princípio constitucional da ampla defesa e posição das vítimas. 8. Ampla defesa dos fundamentos acusatórios na persecução penal. 9. Princípio constitucional da ampla defesa e direitos das vítimas de acesso à justiça *lato sensu*. 10. Compreensão dos meios e recursos inerentes à realização do princípio da ampla defesa das vítimas. 11. Dimensão material do princípio constitucional da ampla defesa das vítimas. 12. Conclusão. Referências bibliográficas.

Área do direito: Constitucional. Internacional. Direitos Humanos.

Resumo

O estudo comprova a existência do princípio constitucional da ampla defesa da vítima na Constituição Federal de 1988. Tal princípio não foi devidamente observado pela doutrina brasileira e pela jurisprudência pátria até o presente momento, não obstante ter vindo à luz desde a edição do texto constitucional brasileiro, em 5 de outubro de 1988. A investigação também verifica que o princípio constitucional da ampla defesa da vítima auxilia o Ministério Público no seu mister institucional, com vistas a melhor proteger as vítimas de crimes no Brasil.

* Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, *campus* de Franca. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da UFRGS, UEL e PUC-SP. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso. Integrou o Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado – GAECO.

Abstract

The study proves the existence of the constitutional principle of broad defense of the victim in the Federal Constitution of 1988. This principle has not been duly observed by the Brazilian doctrine and by the national jurisprudence until the present moment, despite the fact that it has come to light since the edition of the Brazilian constitutional text, on October 5, 1988. The investigation also verifies that the constitutional principle of the full defense of the victim assists the Public Prosecutor's Office in its institutional mission, with a view to better protecting the victims of crime in Brazil.

Palavras-chave: Vítima. Crimes. Ampla defesa. Princípios constitucionais. Ministério Público.

Keywords: Victim. Crimes. Broad defense. Constitutional principles. Public Prosecutor.

1. Introdução

O tema objeto desta investigação é inédito na literatura jurídica brasileira e não foi suscitado, ao que parece, por qualquer jurista pátrio ou pela jurisprudência dos tribunais nacionais até o presente momento. Trata-se de compreender, devidamente, o princípio constitucional da ampla defesa – insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 – em sua dimensão bifronte, é dizer, relativa (i) aos acusados em geral, mas também (ii) às vítimas de violações de direitos humanos, no âmbito do processo penal brasileiro.

Para nós, o princípio constitucional da ampla defesa jamais contou com escorreita exegese no direito pátrio, seja por parte da doutrina ou da jurisprudência dos tribunais locais, sobretudo no âmbito do processo penal. De fato, entre nós, tem-se compreendido o princípio em apreço, em sua larga maioria, estritamente como consectário do direito de defesa *do acusado* no processo, é dizer, daquele que se encontra no *polo passivo* da relação processual e cujo direito consistiria em resistir à pretensão do demandante, à luz da necessidade de paridade de armas no processo.¹ Tratar-se-ia, portanto, do direito destinado *ao réu* da relação processual de trazer para o processo os elementos que entender necessários ao esclarecimento da verdade, junto à garantia do contraditório, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*).²

Tal compreensão do princípio constitucional da ampla defesa serve bem, não há dúvidas, à posição de resistência às pretensões formuladas no âmbito dos

¹ Nesse sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 832-833; e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437-440.

² Assim, MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 327.

processos não penais (cíveis, trabalhistas ou eleitorais). Neles, será possível levar em conta apenas os direitos *dos demandados* de se defenderem nas ações (judiciais ou administrativas) iniciadas por outrem. No processo penal, no entanto, tal exegese não atende integralmente à norma insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que garante expressamente (i) *aos litigantes* e (ii) *aos acusados em geral* o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Leia-se, desde já, a norma constitucional relativa ao princípio da ampla defesa em sua literalidade, tal como redigida pelo poder constituinte originário:

Art. 5º

(...)

LV – *aos litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos *a ela inerentes*;

Perceba-se que a norma constitucional em questão revela *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurado o direito à ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar (v.g., no processo penal, o Ministério Público, na defesa dos direitos das vítimas de crimes); e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição. A ambos esses sujeitos resta constitucionalmente assegurado o direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. No entanto, até os dias atuais, tanto a doutrina como a jurisprudência nacional deixaram de observar a primeira parte da norma, como se o princípio destinasse efeitos tão somente “aos acusados em geral” e não “aos litigantes” (todos eles) de processos judiciais ou administrativos. Trata-se, portanto, de uma distorção interpretativa que merece ser imediatamente reparada entre nós, para o fim de compreender a norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal em sua integralidade, tal como veio à luz pelo poder constituinte originário. Nesse sentido, tem-se como certo que a Constituição não concebeu o princípio para destinar-se apenas aos acusados em geral, senão também para que seja aplicado – como diz textualmente a norma constitucional – a todos *os litigantes*, quer em processos judiciais ou administrativos.

No que tange à garantia do contraditório, nunca houve dúvidas na doutrina e na jurisprudência brasileiras de que se trata de garantia extensiva a todos os litigantes (v.g., vítimas) e aos acusados em geral, no âmbito processual penal. Porém, no que tange à garantia da ampla defesa, certo é que jamais se valorou no Brasil a sua importância voltada às vítimas de crimes, na representação que delas faz o Ministério Público. Este é, portanto, um ponto central para a compreensão do tema no Brasil, haja vista que a norma do art. 5º, LV, da Constituição nunca foi lida com atenção em sua primeira parte, que se refere “aos litigantes” como destinatários do direito à ampla defesa.

Sabe-se que no processo penal são litigantes (i) o Estado, no polo ativo, que age por meio do representante do Ministério Público, e (ii) o acusado, no polo passivo.

Tais sujeitos são os que *litigam* no âmbito processual penal e, portanto, não de receber da norma constitucional *idêntico* direito ao contraditório e à ampla defesa. Ora, se o Ministério Público age, como representante do Estado, para garantir a justa prevalência dos direitos reconhecidos às vítimas da criminalidade, não há dúvidas de que a norma constitucional relativa à ampla defesa também a elas se direciona, para o fim de garantir-lhes *todos* os recursos inerentes para que a reprimenda do Poder Judiciário seja satisfatória a cada uma delas e à sociedade em geral. Nesse sentido, à luz da correspondência entre os direitos e deveres constitucionais de defesa e de proteção, é claramente perceptível que a norma do art. 5º, LV, da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que contempla em favor de réus e de investigados a compreensão tradicional do princípio da ampla defesa, igualmente assegura, no interesse da proteção das vítimas ou de seus familiares, o direito à ampla defesa dos fundamentos acusatórios, que estabelecem a base para a realização da garantia fundamental à tutela penal.

Portanto, aí está a consagração expressa do “princípio constitucional da ampla defesa da vítima”, voltado a um olhar constitucional e internacional sobre a importância de se garantir às vítimas da criminalidade a ampla defesa dos seus direitos humanos e fundamentais afetados por violações criminosas, na representação que delas faz o Ministério Público. Tal princípio ganha ainda maior relevo quando se recorda que as vítimas de violações de direitos humanos guardam, no contexto atual, posição central nos sistemas (internacional e interno) de proteção de direitos.³

O tema é relativo, como se nota, às obrigações positivas do Estado em matéria penal, conforme os precedentes estabelecidos pela ordem internacional relativa a direitos humanos, em especial, no nosso entorno geográfico, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (v. itens 3 e 5, *infra*). Será com este olhar e sob este enfoque que a presente investigação estará voltada, para o fim de compreender que a Constituição brasileira reconhece e garante – de forma *expressa* – o ainda não conhecido no Brasil “princípio constitucional da ampla defesa da vítima”.

2. Deveres de proteção dos direitos humanos e fundamentais

O reconhecimento dos deveres de proteção dos direitos humanos e fundamentais retrata um componente crucial para a adequada e integral compreensão da estrutura do direito constitucional contemporâneo, notadamente – no âmbito da investigação que ora nos ocupa – para a compreensão do princípio da ampla defesa da vítima. Referidos deveres dizem respeito à obrigação do Estado em garantir e preservar os direitos humanos e fundamentais de todos os cidadãos, assegurando que eles exerçam seus direitos – estabelecidos nas plataformas internacional e constitucional – de maneira plena e independente de interferências indevidas do próprio Estado ou de particulares.

³ A propósito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1055, ano 112, São Paulo, set. 2023, p. 135-160.

O novo panorama constitucional em que se inserem os deveres de proteção não se contenta com a garantia (indispensável) de que o Estado não se revele como um violador direto dos direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, assegurando-lhes a sua plena liberdade. Na quadra contemporânea de evolução do direito constitucional, o papel do Estado somente se desenvolve congruentemente com a finalidade da sua própria existência quando ele atua de modo venturoso para proteger ampla e positivamente a dignidade e os direitos humanos e fundamentais de todos os indivíduos, entre os quais estão seguramente as vítimas de violações de direitos humanos.

O florescimento dessa nova dimensão constitucional da responsabilidade estatal se identifica com o reconhecimento moderno do papel dos tratados internacionais dos direitos humanos, que, embora gerados pelo consenso dos Estados e primordialmente direcionados à proteção dos indivíduos, delineiam obrigações que devem ser ativamente cumpridas pelos próprios Estados. Assim, a atenção que merece ser conferida à matéria dos deveres de proteção assume um destacado relevo à luz do texto constitucional brasileiro, que, referendando a identidade siamesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, assegura em caráter definitivo aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos uma aplicabilidade explicitamente equivalente (com o mesmo *status*) à eficácia das suas próprias normas de direitos fundamentais.⁴

Portanto, o reconhecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais pela Carta da República como princípios objetivos da ordem constitucional brasileira, compreendidos como diretrizes essenciais para a construção e a fundação de conceitos que regem tanto o funcionamento do Estado e suas instituições quanto os valores éticos que merecem ser cultivados pela sociedade, agregou à tradicional concepção dos denominados *direitos de defesa* a equivalente existência de verdadeiros *imperativos de tutela*.

Dessa maneira, a ordem internacional de proteção dos direitos humanos (direito internacional) e as normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais (direito interno) compõem um conjunto normativo conjugado que não tem condições de ser estudado e compreendido isoladamente, senão conjuntamente e à luz do princípio *pro homine* ou *pro persona*. Essa junção de normas (internacionais e internas) enseja o aperfeiçoamento de uma sistemática imperativa de proteção às vítimas da criminalidade, por guardar maior peso axiológico que quaisquer outras espécies normativas isoladamente advindas do direito internacional ou do direito interno.

Precisamente nessa destacada característica da dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais se afigura radicada a dedução dos deveres constitucionais de proteção à dignidade humana das vítimas, deflagradora da necessidade de intervenção ativa do Estado para que se alcance a salvaguarda efetiva e a realização plena dos

⁴ Para um estudo pioneiro do tema no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-325. Para detalhes sobre a incorporação e *status* constitucional dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro atual, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 783-811.

direitos garantidos na Carta da República e nos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é parte. Nesse sentido, de acordo com a perspectiva de prevalência coletiva dos deveres de proteção, originada da própria estrutura das normas de direitos humanos e fundamentais, decorre, inclusive, a possibilidade de *restrição* daqueles mesmos direitos no que se refere à sua aplicação individual, visando à garantia de eficácia de *outras* garantias individuais de igual índole ou, destacadamente, a preservação das liberdades da coletividade dos indivíduos ou de outros valores de superior envergadura constitucional.

No plano do direito internacional dos direitos humanos, especialmente no entorno geográfico compreendido pelo sistema regional interamericano, os deveres de proteção dos Estados, capazes de fundamentar limitações a direitos humanos em sua dimensão individual, encontra-se expressamente positivado no art. 32, §§ 1º e 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo os quais, respectivamente, “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”, e “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. Tais limitações ocorrem em favor dos direitos dos demais indivíduos, da segurança e do bem comum da coletividade. É por essa razão que o direito convencional atribui esse efeito mutuamente restritivo de direitos humanos à correlação existente entre *deveres e direitos*.

É certo que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm como finalidade assegurar *direitos aos indivíduos*, mediante a imposição de *obrigações ao Estado*. O fenômeno que aqui se verifica é aquele segundo o qual o direito internacional, feito pelos Estados e para os Estados, intenta proteger os indivíduos *contra* tais soberanias, deixando de cingir-se a interesses nacionais particulares.⁵ Nesse sentido, verifica-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao tratar em seu Capítulo I da *enumeração dos deveres*, se dirige especificamente aos *Estados-partes* da Convenção como responsáveis pelo respeito e garantia dos direitos reconhecidos em favor dos indivíduos (art. 1º, 1).

Atento para a verdade de que, no plano convencional interamericano, os deveres para com a família, a comunidade e a humanidade que ensejam restrições efetivas aos direitos humanos na sua dimensão individual versam justamente os direitos humanos dos demais integrantes de um mesmo corpo social, assemelha-se imperativa a conclusão de que, no plano internacional, os “deveres humanos” que impõem a restrição dos “direitos humanos” são simplesmente a dimensão objetiva dos direitos humanos que a norma atribui a cada indivíduo em particular. No plano do direito interno, por sua vez, a estrutura constitucional dos direitos fundamentais espelha essa mesma ambivalência normativa que se encontra expressamente positivada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 41.

Assim, as eventuais restrições impostas pelos *imperativos de tutela* decorrentes do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não devem ser compreendidas como um propósito de restrição em si mesmas, necessitando ser observadas a título de meio legítimo e democrático de ampliação dos direitos essenciais e das liberdades compartilhados por todo o grupo social, sobretudo quando se trata de proteger as vítimas no âmbito do processo penal.

Denota-se, portanto, que órgãos atuantes no sistema de justiça brasileiro e em todo o sistema interamericano precisam se ambientar com a realização de leituras e interpretações das normas de direitos humanos e fundamentais capazes de garantir a eficácia não apenas dos direitos de defesa nelas compreendidas, mas também de maneira a assegurar a ampla efetividade dos deveres de proteção que se encontram igualmente integrados naquele mosaico normativo.

Dessa maneira, um dos deveres de proteção que se encontra expressamente contemplado na Carta da República e que demanda urgente leitura e efetividade pelo sistema de justiça brasileiro consiste justamente no reconhecimento e na adequada aplicação do princípio da ampla defesa das vítimas da criminalidade, consubstanciando paradigma para a interpretação da ordem jurídica e para o estabelecimento de eventuais restrições de outros direitos individuais em sede de ajuste de proporcionalidade.

3. Consequências da submissão do Estado brasileiro à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A reservada competência uniformizadora da Corte IDH para a interpretação e aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos confere à referida Corte internacional um papel de hegemonia na confecção de precedentes convencionais no sistema interamericano. Dessa maneira, apesar de não compor explicitamente a estrutura constitucional do Poder Judiciário nacional, a Corte IDH figura em face do sistema de justiça como legítima instância internacional de natureza jurisdicional responsável por uniformizar a interpretação das normas convencionais que se encontram em vigor no Estado brasileiro (representadas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil), vinculando quanto à matéria as margens de interpretação das cortes nacionais.

Devido à força vinculante e às características estruturantes e unificadoras da jurisprudência da Corte IDH, os efeitos das decisões em matéria criminal que condenaram o Brasil por descumprimento aos deveres de garantia dos direitos humanos, além do não atendimento às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas de crimes, representam verdadeiros filtros obrigatórios para a leitura, interpretação e aplicação de toda a ordem jurídica interna. Em igual sentido, encontra-se ligado a essas diretrizes o conteúdo da atuação de todos os órgãos integrantes do sistema de justiça brasileiro, destacadamente o Poder Judiciário e, em especial, o Ministério Público, na condição de *custos juris* e guardião constitucional da própria ordem jurídica – na qual se integram

as convenções internacionais de direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH –, conforme determinado pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal.⁶

Com o propósito de conferir concretude ao entendimento apresentado, convém relembrar um assertivo exemplo de controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, que – especialmente baseado no dever de cumprimento da jurisprudência da Corte IDH (*Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil e Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil*) e à luz dos arts. 1º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – determinou o desarquivamento de inquérito policial destinado à apuração de violência doméstica contra a mulher, cujo arquivamento fora indevidamente promovido pelo Ministério e homologado pelo Poder Judiciário. Justificou-se a ordem de desarquivamento do referido inquérito policial diante da verificação no caso concreto de falta de diligências sérias, imparciais e adequadas na investigação do crime, situação configuradora de desrespeito aos *direitos humanos líquidos e certos* da vítima do delito.⁷

Verifica-se, assim, que o STJ esteve atento ao disposto nos arts. 1º e 25 da Convenção Americana, bem assim ao art. 7(b) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁸ e também à jurisprudência vinculante da Corte IDH, para o fim de reconhecer o direito líquido e certo das vítimas de crimes à sua proteção judicial, compreendida como inequívoco *direito de defesa* contra violações criminosas, cujo cumprimento deve se dar pelos órgãos do sistema

⁶ A propósito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 16-21.

⁷ STJ, RMS nº 70338/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.08.2023, *verbis*: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir condenação contra o Brasil no caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*, reforçou que os países signatários da Convenção Americana têm o dever de, diante da notícia de violações de direitos humanos, agir com a devida diligência para promover uma investigação séria, imparcial e efetiva do ocorrido, no âmbito das garantias do devido processo. Em especial quanto ao arquivamento de inquéritos sem que houvesse prévia investigação empreendida com a devida diligência, a Corte Interamericana censurou a conduta do Poder Judiciário brasileiro que, naquele caso, ‘não procedeu a um controle efetivo da investigação e se limitou a manifestar estar de acordo com a Promotoria, o que foi decisivo para a impunidade dos fatos e a falta de proteção judicial dos familiares’. 4. No caso *Barbosa de Souza e outros v. Brasil*, a Corte Interamericana novamente fez uma alerta ao Poder Judiciário brasileiro, destacando que ‘a ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral’ e ‘envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça’. 5. No caso, a decisão que homologou o arquivamento do inquérito foi proferida sem que fosse empregada a devida diligência na investigação e com inobservância de aspectos básicos do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, em especial quanto à valoração da palavra da vítima, corroborada por outros indícios probatórios, que assume inquestionável importância quando se discute violência contra a mulher. 6. O encerramento prematuro das investigações, aliada às manifestações processuais inconsistentes nas instâncias ordinárias, denotam que não houve a devida diligência na apuração de possíveis violações de direitos humanos praticadas contra a Recorrente, em ofensa ao seu direito líquido e certo à proteção judicial, o que lhe é assegurado pelo art. 1º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, c.c. o art. 7º, alínea b, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

⁸ *Verbis*: “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e empenhar-se em [...] agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher”.

de justiça mediante a devida diligência na promoção de uma investigação séria, imparcial e efetiva diante da notícia de violação criminosa a direitos humanos.

O STJ também entendeu como fator adicional de violação aos direitos da vítima do crime *as manifestações processuais inconsistentes* lançadas pelos órgãos do sistema de justiça atuantes nas instâncias ordinárias, do que se infere que os ofendidos por práticas criminosas têm direito a análises e manifestações processuais *consistentes* (ou seja, devidamente fundamentadas para o caso concreto e compatíveis com as bases probatórias alcançadas nas investigações) por parte dos órgãos integrantes do sistema de justiça. Por meio do julgamento em destaque, o STJ demonstrou franca evolução do seu entendimento quanto ao papel e à força vinculante das fontes de conformação do processo penal, haja vista que se negou a repetir o erro judiciário (negativo) cometido quando permitiu o arquivamento da ação penal que buscava realizar o cumprimento da condenação do Estado brasileiro no *Caso Garibaldi vs. Brasil* (2009).⁹

Dessa maneira, como consequência da incorporação da jurisprudência da Corte IDH nas condenações sofridas pelo Brasil, afixando o direito à justiça das vítimas ou de seus familiares na posição central do conflito criminal, decorre a pronta eliminação de qualquer entendimento de que a finalidade única do processo penal seja a de salvaguardar direitos humanos e fundamentais apenas de investigados ou acusados em face do poder estatal no cenário da persecução penal. De fato, como resultado da sua conformação convencional, o processo penal deve se converter em instrumento de respeito aos direitos de *todos* os envolvidos no conflito criminal e, especialmente, de realização e de restauração dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes ou de seus familiares.

O caso acima mencionado serve para ilustrar o entendimento esposado no presente ensaio, no sentido de que as vítimas da criminalidade são titulares de deveres convencionais e constitucionais de proteção judicial que materializam o direito de estarem adequadamente defendidas contra atos de violação, devendo ser cumpridos por todos os órgãos integrantes do sistema de justiça nacional.

Dessa maneira, novamente evidenciando o perfeito sincronismo entre os arcabouços normativos de direitos humanos e de direitos fundamentais, a submissão do Estado brasileiro aos deveres internacionais de salvaguarda dos direitos das vítimas da criminalidade – reconhecidos em caráter líquido e certo pelo STJ – encontra perfeita recepção e amparo constitucional sobre as bases do princípio fundamental da ampla defesa da vítima.

⁹ STJ, REsp. 1.351.177/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.06.2016, DJe 29.06.2016. Na doutrina, v. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 274.

4. Violações estruturais a direitos humanos pelo sistema de justiça criminal brasileiro

A Corte IDH já decidiu em sua jurisprudência vinculante contra o Brasil que as violações aos direitos humanos das vítimas da criminalidade também podem decorrer das atuações judiciais do próprio Estado, quando capazes de configurar concretamente motivo de denegação de justiça aos indivíduos.¹⁰

A carência de adequada evolução pelo sistema de justiça brasileiro quanto à compreensão da centralidade da posição das vítimas de violações criminosas a direitos humanos e fundamentais nos conflitos criminais e, por conseguinte, da falta de eficácia dos direitos e garantias fundamentais em favor dos sujeitos atingidos por aquelas violações, há décadas tem mantido o Estado brasileiro submisso a uma realidade de transgressões sistemáticas e estruturais aos direitos humanos.

A abrangente desproteção penal dos direitos humanos e fundamentais das vítimas da criminalidade ou de seus familiares pelo sistema de justiça brasileiro, embora trivializada no plano interno, já foi há muitos anos diagnosticada e continua sendo reiteradamente apontada pela jurisprudência vinculante da Corte IDH.

O sistema interamericano de proteção de direitos humanos vem indicando que a inefetividade do sistema de justiça brasileiro em face das vítimas da criminalidade e seus familiares revela conjunturas recorrentes de violações estruturais, retratadas, primeiramente, pela realidade de *impunidade estrutural* que é tolerada e – ao mesmo tempo – promovida pelos próprios órgãos de Justiça, seguida por razões de *discriminação estrutural* desenvolvidas pelos órgãos do sistema de justiça em face de determinados grupos de vítimas, destacadamente marcados por uma acentuada condição de vulnerabilidade.

Nesse contexto, tem especial espaço a necessidade de compreensão adequada e abrangente do conteúdo do princípio constitucional da ampla defesa da vítima no processo criminal, como importante instrumento de reequilíbrio da balança da justiça em favor dos sujeitos (e até mesmo grupos) atingidos por violações criminosas a direitos humanos e fundamentais, e, por conseguinte, de correção dos estados de impunidade e de discriminação estrutural objeto da repetida reprovação do Brasil no plano internacional.

4.1. Estado de impunidade estrutural

A condição de inefetividade do sistema criminal brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes alcançou tamanho aprofundamento que a Corte IDH identificou que o Estado brasileiro se encontra inserido em um verdadeiro estado de impunidade estrutural.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 7 de setembro de 2021, Série C, nº 435, § 21.

Tendo em vista o caráter vinculante dos julgados da Corte IDH para os Estados condenados (*res judicata*), pode-se afirmar que a jurisprudência do sistema interamericano de proteção de direitos humanos possui uma característica marcadamente estruturante. Em verdade, cada condenação proferida pela Corte IDH deveria ensejar a plena correção das irregularidades detectadas no julgamento que levou à responsabilização do Estado. Nesse contexto, a eventual repetição da mesma irregularidade em julgamentos futuros representa a confirmação de que o Estado condenado não adotou providências destinadas à correção das falhas previamente identificadas.

No caso do Brasil, a deficiência do sistema de justiça criminal para concretizar a punição de agentes violadores de direitos humanos – e, por conseguinte, garantir a defesa judicial das vítimas – já foi detectada mais de uma dezena de vezes, demonstrando que, a despeito das condenações internacionais impostas, o Estado brasileiro não adotou, ao menos desde o ano 2006 (ano da primeira condenação do Brasil perante a Corte IDH), providências eficientes para extirpar a ineficiência do seu sistema judicial. Ilustra-se a procedência desse entendimento à vista do julgamento do *Caso Barbosa de Souza vs. Brasil*, que retratou a nona oportunidade em que a Corte IDH precisou se pronunciar contra o estado de falta de proteção dos direitos humanos das vítimas de violação criminosa, em um contexto brasileiro já bem conhecido de impunidade estrutural.¹¹

O reconhecimento internacional do estado de impunidade estrutural do Estado brasileiro no que se refere às violações de direitos humanos das vítimas da criminalidade representa fator que comprova de maneira incontestável que o Brasil ainda não reconheceu e tampouco assegura o direito à ampla defesa dos direitos e interesses de vítimas de violações a direitos humanos e fundamentais.

4.2. Estado de discriminação estrutural

Se é certo que o Brasil vive uma situação de desmedida impunidade estrutural, essa realidade se aprofunda ainda mais quando analisada a situação de determinados setores ou grupos da população, marcados por redobrada condição de marginalização social e, por conseguinte, de exclusão das barreiras de proteção judicial.

Nesse sentido, a Corte IDH já teve a oportunidade de reconhecer que “diante desta palpável situação de discriminação estrutural – como os fatos reconhecidos no presente caso – se um Estado, tendo conhecimento da existência desta problemática dentro de seu território a respeito de um grupo determinável, não tomar medidas

¹¹ Corte IDH, *Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 7 de setembro de 2021, Série C, nº 435, § 120, *verbis*: “Em vista das considerações anteriores, a Corte conclui que o presente caso está inserido no contexto de impunidade estrutural relacionado a ameaças, homicídios e outras violações de direitos humanos contra os trabalhadores rurais e seus defensores no Estado do Pará (pars. 47 a 51 *supra*). Ao mesmo tempo, esta impunidade estrutural se reflete na falta de devida diligência analisada no caso em estudo. Com efeito, conforme decorre dos autos, a grave negligência dos operadores judiciais na tramitação do processo penal, que permitiu a ocorrência da prescrição, foi o fator determinante para que o caso permanecesse em uma situação de absoluta impunidade”.

suficientes e efetivas para combater esta situação em concreto, acaba gerando uma situação de maior vulnerabilidade para as vítimas, em especial pelo conhecimento latente da existência de risco; situação, em particular, que pode ser avaliada pelo Tribunal Interamericano”.¹²

Denota-se, portanto, que, desconhecendo a adequada dimensão do princípio constitucional da ampla defesa da vítima, o sistema de justiça brasileiro não garante devidamente a proteção e a defesa dos direitos humanos e fundamentais das vítimas em geral, sendo certo que, no contexto agravado de certas camadas ou grupos da sociedade, o sistema jurídico simplesmente denega qualquer possibilidade de mínimo amparo a esses sujeitos de direito.

5. Concretização do princípio da ampla defesa das vítimas e obrigações positivas do Estado em matéria criminal

À luz da estreita relação ética e normativa estabelecida entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é possível aferir que as obrigações positivas provindas dos tratados internacionais contribuem com o esclarecimento e a concretização do conteúdo do princípio fundamental da ampla defesa da vítima.

De fato, os deveres de proteção, que, no plano interno, são impostos ao Estado pelos direitos fundamentais, encontram perfeita correspondência no plano dos direitos humanos na doutrina das obrigações positivas do Estado, conforme a terminologia adotada pela própria Corte IDH,¹³ com o desiderato de transmitir, em síntese, a clara compreensão de que os Estados-partes em tratados internacionais de direitos humanos guardam responsabilidades inerentes a tais instrumentos, em especial, de proteção dos direitos neles consagrados em face de toda pessoa sujeita à sua jurisdição.¹⁴

A incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna dos Estados, segundo o demonstrado acima, assume, ao lado das normas de direito fundamental, a execução de papel central na construção das diretrizes práticas, normativas e hermenêuticas que devem alumiar o funcionamento e os propósitos a serem perseguidos por todos os órgãos e instituições integrantes do seu sistema de justiça criminal.

Na dimensão normativa, as referidas obrigações positivas se irradiam nos planos substantivo e também processual, afinal na mesma medida em que, visando ao cumprimento de suas obrigações convencionais, os Estados se encontram vinculados a implementar a legislação necessária à proteção difusa dos bens e valores tocados pelo plano dos direitos humanos, as instituições estatais competentes

¹² Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, voto fundamentado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 20 de outubro de 2016, § 91.

¹³ Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 03 de abril de 2009, Série C, nº 196, § 144.

¹⁴ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 95.

também devem viabilizar meios de efetividade ao conteúdo das disposições de direito material estabelecidas.¹⁵

Veja-se que o art. 1º(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais do que determinar que os seus Estados-partes *respeitem* os direitos e liberdades nela reconhecidos, também impõe aos Estados que igualmente *garantam* o livre e pleno exercício daqueles mesmos direitos por todas as pessoas.¹⁶ Assemelha-se possível verificar, pois, que a Convenção Americana estabelece em face dos Estados-partes a configuração de duas ordens de obrigações, consubstanciadas por aquelas de cunho *negativo*, reveladoras de um dever estatal de se abster de ações capazes de ofender os direitos previstos na convenção, e, de outro lado, obrigações de natureza *positiva*, cujo conteúdo é representado pelo dever de garantir que os direitos consignados na convenção possam ser livremente exercidos por todos os membros da comunidade.

Sob o prisma das obrigações positivas em matéria penal, os Estados devem concretizar os deveres de adotar efetivas medidas de prevenção de ofensas a direitos humanos, de maneira a evitar a ocorrência de violações dessa natureza em desfavor dos seus jurisdicionados. Sendo certo que, nas hipóteses em que as referidas lesões a direitos humanos se consumarem, devem os Estados adotar providências efetivas de plena investigação e punição dos agentes criminosos responsáveis pela sua prática, além, quando possível, de reparação dos danos decorrentes de tais violações.

Acrescenta-se que as obrigações positivas dos Estados, direcionadas à garantia dos direitos humanos, incidem em face de violações providas não apenas de ações de agentes do Poder Público, mas, igualmente, de lesões praticadas por particulares, tendo em vista que a finalidade dos tratados internacionais é a proteção das *pessoas*, independentemente de qualquer outro atributo ou qualidade, sob a ótica *ex parte populi*.¹⁷ Nessa mesma ordem de entendimento, denota-se que o objetivo da prescrição convencional de garantia dos direitos humanos não se limita apenas à proteção de direitos de investigados ou de acusados em face das atividades de investigação, persecução penal e de punição do Estado, mas, antes, determina a própria ordem de investigação, e, sendo o caso, de punição do agente (público ou particular) que venha a desrespeitar criminosamente direitos humanos ou fundamentais de outrem.

Dessa maneira, merece se submeter ao juízo de inconvenção qualquer norma, ação ou omissão estatal que, para além de desrespeitar os direitos previstos na Convenção Americana, deixe de garantir ou que garanta de maneira insuficiente ou deficitária o livre exercício de quaisquer dos direitos que se encontram estabelecidos naquela Convenção ou em qualquer outro tratado internacional sobre direitos

¹⁵ Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

¹⁶ *Verbis*: “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

humanos em vigor no Brasil. Sendo certo que, por vincularem todos os ramos de atuação do Estado, as obrigações positivas de proteção tocam simultaneamente ao Poder Legislativo, que deve proceder com a elaboração de normas alinhadas com o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos e consentâneas com os seus objetivos de efetividade, bem como ao Poder Executivo, especialmente com base em suas ações de políticas públicas, e, ainda, ao Poder Judiciário, que, nos processos de interpretação e de aplicação da ordem normativa, deve velar pela máxima efetividade de todos os direitos humanos previstos nos tratados internacionais em vigor no Estado, em favor de todas as pessoas envolvidas em qualquer demanda sob sua resolução, observado, ainda, que, mesmo em suas atividades de organização e aparelhamento, o sistema de justiça também deve atentar por meios e procedimentos alinhados com a missão de respeito e de garantia de direitos humanos. Em suma, visam as obrigações estatais positivas em matéria penal assegurar a máxima efetividade dos instrumentos de proteção dos direitos humanos.

As obrigações positivas dos Estados também se encontram firmemente assentadas no art. 8º (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,¹⁸ que determina que os seus Estados-partes devem garantir o direito de participação de toda pessoa, em prazo razoável, perante juiz ou tribunal competente, independente e imparcial para a determinação dos seus direitos ou obrigações de qualquer natureza. Referenda-se, desta forma, a garantia de amplo acesso à jurisdição, o qual, naturalmente, não pode ser negado ou, ainda, dificultado por custos ou procedimentos meramente burocráticos, de onde se infere que, especialmente no plano das garantias processuais, nenhuma obrigação positiva se assemelha devidamente cumprida enquanto divorciada da eficiência.¹⁹

A garantia de acesso à jurisdição disposta no art. 8º (1) da Convenção Americana não se limita, por certo, à necessária realização do direito de defesa de acusados pela prática de crimes, mas também abrange a obrigação de que sejam asseguradas vias de acesso à jurisdição em favor das vítimas de violações de direitos humanos e dos seus familiares, visando à determinação dos seus próprios direitos e das obrigações a serem suportadas pelo agente ofensor.

Ainda visando à proteção positiva dos direitos humanos dos cidadãos, determina o art. 25(1) da Convenção Americana que toda pessoa tem direito a um recurso simples, rápido e efetivo, visando à proteção contra atos violadores de seus direitos fundamentais.²⁰ Destaca-se que a garantia convencional de recursos contra

¹⁸ *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, nº 97, § 50.

²⁰ *Verbis*: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

atos de violação não se limita apenas à defesa dos direitos estabelecidos no âmbito da Convenção, mas devem necessariamente abranger também os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições e pelas leis internas dos Estados-partes.²¹

Ademais, deve-se ter em conta que a expressão *recurso* empregada pela Convenção Americana não se limita a um significado restrito, de medida que visa a provocar a revisão de uma decisão judicial, mas tem alcance amplo, representando mecanismo jurídico de acesso ao sistema de justiça em confrontação à prática de qualquer ato lesivo de direitos humanos. O emprego do referido termo na convenção busca, portanto, firmar a necessidade de que os Estados mantenham mecanismos eficientes de acesso e de proteção dos indivíduos e da sociedade por meio do sistema de justiça, não se tratando a criação de eventuais mecanismos de questionamento de decisões judiciais o cerne da preocupação da norma convencional sob análise.

Verifica-se que o art. 25(1) da Convenção Americana se dirige a um só tempo aos ordenamentos internos e aos sistemas de justiça dos Estados-partes, determinando a sua conformação ao modelo de eficiência preconizado no tratado internacional em destaque. Referida conformação não tem como propósito exclusivamente os direitos apontados naquela Convenção, mas, igualmente, quaisquer direitos fundamentais abrigados nas normas de direitos fundamentais ou na legislação ordinária. Acrescentam-se, naturalmente, direitos e garantias estabelecidos em quaisquer outros tratados sobre direitos humanos ratificados pelos Estados-partes, tendo em vista que aquelas normas de direitos internacionais igualmente se assemelham incorporadas ao direito interno dos Estados.

A Corte IDH, por oportunidade do julgamento do caso *Cantos vs. Argentina*, definiu com precisão o alcance do art. 25 da Convenção Americana, dispondo que tal norma estabelece uma obrigação positiva de disponibilizar a todas as pessoas recursos judiciais efetivos contra atos violadores de direitos fundamentais. Acrescentou a Corte IDH que tal recurso deve envergar a qualidade da efetividade, não bastando a simples previsão formal de meios de defrontar violações de direitos humanos, os quais, na prática, se revelem notavelmente ineficientes.²²

A relação direta da obrigação positiva fixada no art. 25 da Convenção Americana, estreitamente encadeada com as garantias judiciais estabelecidas no art. 8º(1) e com o dever de proteção fixado no art. 1º da Convenção Americana, estabelecidas também em favor da defesa dos direitos das vítimas de violações de direitos humanos, pode ser extraída do exposto reconhecimento pela Corte IDH, no julgamento do caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, de que os recursos que precisam estar à disposição das vítimas de violações devem ser amparados por um devido processo legal que garanta a realização das obrigações convencionais de proteção a cargo do Estado.²³

²¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191-192.

²² Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, nº 97, § 52.

²³ Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C, nº 3, § 93).

No caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*, a Corte IDH reafirmou que o direito a um recurso simples e rápido constitui direito das vítimas de violações de direitos humanos, de obter proteção de acordo com as regras do devido processo legal.²⁴ Por oportuno, convém afastar nesta matéria qualquer leitura restritiva, no sentido de que tais disposições significam que os direitos de acesso à jurisdição das vítimas de crimes devam ser condicionados por garantias concretizadoras de um devido processo legal de proteção dos agentes violadores de direitos humanos, mas sim que a realização do direito de acesso das vítimas à jurisdição deve lograr tratamento e tramitação seriamente ordenados por um devido processo legal que lhe garanta efetividade.

À vista dos dispositivos convencionais em referência, evidencia-se que o sistema interamericano de proteção de direitos humanos determina a todos os Poderes dos seus Estados-partes o cumprimento de obrigações positivas para a efetiva proteção de todos os direitos estabelecidos em tratados de direitos humanos, bem como para a integral garantia dos direitos fundamentais contidos em normas legais e constitucionais dos ordenamentos internos das nações integrantes deste sistema regional.

Ademais, conforme pode ser extraído do entendimento esposado pela Corte IDH por oportunidade do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, as obrigações positivas de proteção dos direitos humanos sequer precisariam estar explicitamente previstas em normas formais de direito internacional, tendo em vista que fazem parte do *jus cogens* como dever assentado no princípio da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos.²⁵

Dessa relação dual de respeito e de proteção estatais, exsurge um novo paradigma para os sistemas de justiça criminal dos Estados que, assim como o Brasil, integram o sistema interamericano de direitos humanos, representado pelo dever de defesa das vítimas de lesões criminosas a direitos humanos e fundamentais, bem como de punição penal efetiva e adequada dos correspondentes agentes criminosos.

A satisfação de todo o arcabouço convencional apontado se enlaça constitucionalmente com o princípio da ampla defesa da vítima estabelecido no art. 5º, LV, da Carta da República, sendo certo que somente podem ser alcançados os propósitos de proteção dos direitos das vítimas de maneira verdadeiramente efetiva – materializados pelo cumprimento das obrigações positiva do Estado – diante da garantia pétrea de que a defesa das vítimas de violações de direitos será exercida de maneira ampla e, por conseguinte, substancial e processualmente concreta.

6. Ministério Público e defesa criminal da ordem jurídica

O arranjo constitucional do sistema de justiça brasileiro expressamente posiciona o Ministério Público como instituição cuja essencialidade na prestação da atividade jurisdicional do Estado se concretiza por meio de medidas de *defesa*.

²⁴ Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C, nº 71, § 103.

²⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 222, § 183.

Denota-se que o art. 127, *caput*, da Constituição Federal atribui à instituição ministerial a *defesa* dos bens e interesses primaciais do Estado, representados pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos direitos sociais e individuais indisponíveis.²⁶ Nesse sentido, o manejo da ação penal pública expressa o exercício de um dos *instrumentos de atuação institucional* (art. 129, I, CF) de que o Ministério Público dispõe para a *defesa* dos direitos e interesses que integram as suas funções institucionais (art. 127, *caput*, CF).

A relação de congruência das funções institucionais do Ministério Público com os seus instrumentos de atuação institucional, à lume do direito fundamental à tutela penal, representa a aproximação que realiza a interpretação constitucional animada pelos princípios da efetividade e da unidade da Constituição Federal. Nesse contexto, o dever de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da realização privativa do direito fundamental à tutela penal pelo Ministério Público é caminho que confere concordância prática entre todos esses comandos constitucionais (unidade), além de garantir a prevalência fática dos bens e valores traçados pela Carta da República (efetividade).

Em atenção ao contorno constitucional do Ministério Público, a ampla defesa dos direitos que são confiados pela Carta da República e pelas convenções internacionais de direitos humanos representa ao mesmo tempo um dever ínsito à formatação da instituição ministerial e uma garantia desta mesma instituição em face do sistema de justiça. O fato de o Ministério Público ser instituição formatada pela Constituição Federal para a *defesa* da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, torna a instituição ministerial diretamente responsável pela tutela e progressão da democracia. Inegavelmente, a construção de um regime efetivamente democrático implica o descortinamento social de um horizonte de ampla eficácia dos direitos humanos e fundamentais.

O respeito e a realização dos direitos humanos e fundamentais – seja no enfoque da garantia das liberdades seja na perspectiva do fortalecimento dos deveres estatais de proteção – moldam o alicerce da igualdade na dimensão substancial da democracia, representada, *v.g.*, pela determinação do conteúdo e pela estipulação dos limites dos direitos humanos e fundamentais. Denota-se, portanto, a existência de uma clara interconexão racional entre o Ministério Público, a democracia e a ampla eficácia dos direitos humanos.²⁷ Nesse sentido, o princípio constitucional da ampla defesa da vítima passa a ser núcleo-chave da atuação do Ministério Público na defesa daqueles que sofreram atentados aos seus direitos humanos e fundamentais, pois garante ao *Parquet* a ampla defesa dos fundamentos acusatórios na persecução penal (*v. item 8, infra*).

²⁶ *Verbis*: “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”.

²⁷ SOUZA, Alexander Araujo. *O Ministério Público como instituição de garantia*: as funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 141.

7. Litigantes destinatários do princípio constitucional da ampla defesa e posição das vítimas

À luz do disposto no art. 5º, LV, da Carta da República, o direito à ampla defesa não representa um direito fundamental de titularidade restrita a apenas um dos sujeitos dos conflitos judiciais ou das demandas administrativas. Os deveres de proteção dos direitos fundamentais e as obrigações positivas dos Estados, de base convencional, não aquiescem com a conservação de um modelo jurídico mantenedor de uma perspectiva meramente abstrata das vítimas de violações criminosas de direitos humanos e fundamentais, identificados apenas como sujeitos passivos de delitos.

Em consonância com uma leitura atual das diretrizes constitucionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, as vítimas de crimes devem ser compreendidas como sujeitos de direitos capazes de acessar o sistema de justiça para a realização e o alcance de uma defesa concreta e eficaz dos seus direitos e interesses criminais e civis. Por meio dessa leitura sistemática e unificadora da Carta da República, o princípio da ampla defesa das vítimas ou de seus familiares acaba por assumir, *v.g.*, destacada potencialização nos processos criminais de competência do Tribunal do Júri, na medida em que o art. 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição Federal estabelece nesses processos a garantia da *plenitude* de defesa.²⁸ De fato, a potencialização do direito fundamental à ampla defesa da vítima nos casos de competência do Tribunal do Júri assume especial justificativa diante da máxima ofensividade das violações a direitos humanos e fundamentais submetidos à sua apreciação e julgamento.

Avaliada a questão com o auxílio da perspectiva convencional, não pode, aliás, subsistir qualquer hipótese de diferenciação entre os litigantes no processo judicial para a plena incidência da garantia à ampla defesa, sob pena de violação ao direito convencional à igual proteção da lei, fundamentado no art. 1º (1) e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É por essa razão que a jurisprudência vinculante da Corte IDH reconheceu em face do Estado brasileiro a proibição de aplicação ou proteção desigual da lei interna.²⁹

Evidentemente, qualquer interpretação normativa que venha a conferir aplicação técnica ao direito de ampla defesa apenas ao investigado ou ao acusado, negando-lhe, sob qualquer perspectiva, efetividade em relação à vítima, implica causa

²⁸ *Verbis*: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados [...] a plenitude de defesa”.

²⁹ Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 334, *verbis*: “Nesse sentido, a Corte recorda que, à medida que a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir, ‘sem discriminação’, os direitos contidos na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à ‘igual proteção da lei’. Isto é, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos contidos neste tratado, mas no que respeita a todas as leis promulgadas pelo Estado e sua aplicação. Em outras palavras, se um Estado discrimina no que tange ao respeito ou à garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, por outro lado, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou de sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana, em relação às categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção”.

inconvenção de discriminação *de jure* ou *de facto*, incompatível com a garantia de igualdade perante a lei.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LV, garante expressamente (i) *aos litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e (ii) *aos acusados em geral*, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, a norma constitucional em questão está a revelar *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurada a ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar (v.g., no processo penal, o Ministério Público, na defesa dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de crimes); e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição.

Junto a essa constatação, esclareça-se que a sedimentação constitucional das funções de natureza criminal do Ministério Público, destacadamente no que se refere ao exercício da ação penal pública, tem como propósito a constatação de que a vítima da violação criminosa é o sujeito mais fraco no conflito penal estabelecido.

Em regra, o desequilíbrio entre ofensor e ofendido no plano criminal não se limita a uma eventual desigualdade de forças que, na prática, costuma viabilizar a lesão fática e normativa experimentada, mas costuma se estender, especialmente, aos aspectos financeiro, político ou de influência por diversos outros fatores. Essas circunstâncias de assimetria naturalmente acompanham a relação entre ofensor e ofendido no plano do processo.

A predominância desse panorama indica que apenas o exercício da tutela penal, compreendido como direito fundamental das vítimas da criminalidade, por meio de um órgão de Estado, constitucionalmente representado pelo Ministério Público, poderia garantir o interesse público de preservação da igualdade entre as partes do conflito penal.

Não deve ser desprezado, ainda, que, tratando-se de órgão estatal encarregado da garantia da ordem jurídica e do regime democrático, o dever ministerial de análise objetiva e independente dos elementos que compõem o conflito criminal, representa inegável garantia aos direitos de liberdade dos próprios acusados e investigados, que somente podem se submeter à eventual deflagração da persecução penal em juízo após a análise dos fatos por instituição do Estado à qual é confiado o respeito dos direitos de todos os envolvidos na demanda criminal.

8. Ampla defesa dos fundamentos acusatórios na persecução penal

A compreensão limitada e incompleta do princípio fundamental à ampla defesa como direito privativo de réus e investigados no âmbito do processo penal situa tal garantia constitucional em posição necessariamente antagônica ao exercício do direito de ação em juízo. A aplicação deste princípio constitucional, sob a perspectiva e o conteúdo de exclusivo direito de resistência ou de reação à deflagração de medidas de persecução penal, retrata uma concepção demasiadamente limitadora da ampla eficácia desse direito fundamental.

O conteúdo jurídico do princípio da ampla defesa possui uma densidade que, conforme apontado, instrumentaliza a atividade processual de todos os litigantes vinculados pelo contraditório, não se limitando a determinada fase ou atividade da marcha processual, estendendo-se ao longo de todo o desenvolvimento do processo.

Da mesma forma como o princípio do contraditório – previsto no mesmo art. 5º, LV, da Constituição Federal – se presta a atender com isonomia a ambas as partes dos conflitos judiciais, configurando a sua inobservância causa de nulidade absoluta do processo, da mesma forma o princípio da ampla defesa encontra correspondência no atendimento dos legítimos direitos de acusados *e também* das vítimas de crimes integrantes do conflito criminal.

Por essa razão, quando o art. 129, I, da Carta da República confere ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, no interesse das vítimas de crimes e da sociedade, tal atribuição não se esgota com o simples oferecimento da denúncia criminal, mas apenas quando a tutela penal que justifica o manejo da ação se realiza com efetividade. Nesse sentido, o princípio constitucional da ampla defesa passa a ser garantia também das vítimas dentro do processo, na representação que delas faz o Ministério Público, estendendo-se, portanto, em conteúdo e eficácia a todos os fundamentos acusatórios do *Parquet* no âmbito da persecução penal.

Ademais, a adequada compreensão do princípio da ampla defesa, incorporada à perspectiva das vítimas e seus familiares no seu âmbito constitucional de proteção, culmina por retratar diretriz fundamental conformadora para a interpretação de outras normas jurídicas de concretização do devido processo legal, esvaziando a possibilidade de sua interpretação ou aplicação quando tenham a exclusiva finalidade de estabelecer barreiras de tropeço burocrático ou simplesmente formalístico para o alcance da verdadeira finalidade do processo.

Notavelmente, não se assemelha preenchida a finalidade do princípio da ampla defesa da vítima se o instrumento que o alberga não se assemelha capaz de garantir o conhecimento e a proteção do direito violado.

9. Princípio constitucional da ampla defesa e direitos das vítimas de acesso à justiça *lato sensu*

No plano internacional, o direito de acesso à justiça *lato sensu* decorre da relação de indissociabilidade alinhavada entre os direitos de acesso à justiça e as garantias do processo legal, estabelecidos nos arts. 25(1) e 8º (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Evidentemente, o direito de acesso à justiça *lato sensu* não é satisfeito apenas à vista da possibilidade de acesso formal às instâncias estabelecidas do sistema de justiça, demandando efetividade nos trabalhos de prestação jurisdicional.

Em suma, o direito de acesso à justiça *lato sensu* das vítimas de violação de direitos humanos compreende a possibilidade de acesso a um tribunal competente, independente e imparcial, por meio de medidas processuais efetivas e céleres. O art. 25(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é base convencional para

a obrigação positiva dos Estados de investigar, processar e punir violações criminosas a direitos humanos, trata expressamente da *proteção judicial* das vítimas. Tal direito guarda perfeita simetria com o art. 5º, LV, da Constituição Federal que assegura a *ampla defesa judicial* das vítimas da criminalidade.

Verifica-se que, ao mesmo tempo em que se vislumbra perfeita simetria entre o direito convencional à *proteção* e o direito constitucional à *defesa*, o preceito constitucional fundamental aprofunda e qualifica a seriedade do direito sob comento, estabelecendo expressamente que tal *defesa (proteção)* necessita ser *ampla*. Portanto, o paralelo entre o direito convencional de proteção judicial previsto no art. 25(1) da Convenção Americana e o direito constitucional à ampla defesa descrito no art. 5º, LV, da CF se estende para a necessidade de medidas efetivas à tutela do direito violado, haja vista que a norma convencional assegura proteção por meio de *um recurso simples e rápido ou qualquer outro recurso efetivo*, ao passo que a norma constitucional assegura a *ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*.

Da mesma forma que a expressão *recursos* descrita na norma convencional carrega o significado de medidas processuais hábeis à proteção do direito violado, impõe-se a mesma interpretação da expressão constitucional imanente aos *meios e recursos* inerentes à ampla defesa do direito violado.

Observa-se, portanto, que a ampla defesa judicial dos direitos humanos e fundamentais das vítimas de violações criminosas representa direito fundamental estabelecido em cláusula pétrea e que não se limita ao exercício inaugural da ação penal pública, alcançando todos os meios e recursos (medidas processuais) necessários à sua restauração. Por essa razão, não há dúvida de que a ordem constitucional brasileira tem incorporada como cláusula pétrea referido patrimônio jurídico da ampla defesa das vítimas de violações a direitos humanos e fundamentais, o qual não pode mais ser ignorado por nenhum órgão do sistema de justiça brasileiro.

10. Compreensão dos meios e recursos inerentes à realização do princípio da ampla defesa das vítimas

O art. 5º, LV, da Constituição Federal não descreve, analiticamente, quais seriam os dispositivos garantidores do exercício do princípio da ampla defesa, bem como não aponta quais seriam os momentos processuais em que o referido direito poderia ser adequadamente exercitado.

Os efeitos irradiantes de todos os princípios de natureza constitucional determinam, naturalmente, que o legislador infraconstitucional proceda com a elaboração das ferramentas de natureza processual capazes de concretizar a integralidade das diretrizes abrigadas nos direitos e garantias fundamentais correspondentes.

No entanto, para além da necessidade de elaboração de mecanismos para a sua realização, o princípio da ampla defesa também entalha nos instrumentos que compõem o mecanismo do devido processo legal a necessidade de interpretações normativas que conduzam a práticas estreitamente compatíveis com o seu atendimento.

A leitura integral do conteúdo do princípio da ampla defesa, que confere embasamento à ampla fundamentação da pretensão acusatória e ao exercício da dimensão material daquele mesmo princípio, contempla a necessidade de sua aplicação mediante a admissão de meios de acesso das vítimas a instrumentos de proteção e restauração dos seus direitos humanos e fundamentais indevidamente violados.

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes o exercício no plano judicial e no plano administrativo de todos os meios inerentes à ampla defesa, não se limita a referendar a utilização de ferramentas legais de resistência do titular de um direito em face do exercício do direito de ação de um terceiro. A extensão dos meios para a efetividade do princípio da ampla defesa compreende, ao revés, o emprego *ativo* de medidas judiciais e extrajudiciais adequadas à proteção do direito em questão, sob pena de defeituosa ineficácia do princípio fundamental.

Deve ser esclarecido que, quando a Carta da República assegura aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o direito à ampla defesa, o que se visa é englobar os próprios veículos do litígio (ação penal, medida administrativa etc.) no bojo de tal proteção, tendo em vista que os litigantes ativos não se tornam titulares do direito à ampla defesa apenas após a deflagração das medidas de defesa dos seus direitos, certo de que é justamente pela garantia fundamental à ampla defesa que se encontra assegurado o acesso àquelas providências de proteção.

Denota-se que o direito à ampla defesa dos direitos dos litigantes – assegurado mediante os meios e recursos inerentes – configura o estabelecimento de uma regra processual aberta para a efetivação dos direitos a serem amplamente defendidos por intermédio do funcionamento do sistema de justiça. Nesse sentido, a adoção de providências ativas para a realização do princípio da ampla defesa pelo titular de um direito violado não demanda expressa previsão normativa para a sua realização, bastando, conforme previsão constitucional, que seja *inerente* ao princípio fundamental da ampla defesa.

Por outro lado, não se deve confundir o direito fundamental à ampla defesa com o direito fundamental de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.³⁰ De fato, o direito de ação assegura aos indivíduos o direito de acesso ao sistema de justiça, por meio de uma dimensão em que se garante o direito de resposta à pretensão de solução do litígio, além da vedação de eventuais prescrições legislativas de matérias não jurisdicionáveis ou que impliquem vedação ao exercício efetivo do direito de ação. No entanto, o direito à ampla defesa culmina por *qualificar* o direito de ação, exigindo que o exercício dessa garantia fundamental seja instrumentalizado mediante meios, recursos e abrangência hábeis à ampla defesa do direito levado à apreciação do sistema nacional de justiça.

³⁰ *Verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

11. Dimensão material do princípio constitucional da ampla defesa das vítimas

O princípio fundamental da ampla defesa não possui apenas desdobramentos estritamente processuais, direcionados à conformação de determinadas características do processo judicial criminal, tendo em vista que, observada a finalidade última de defesa (proteção) de direitos, relaciona-se – destacadamente sob a perspectiva de vítimas ou de seus familiares – diretamente com a obrigação positiva do Estado de esclarecimento da verdade dos fatos, bem como de restauração dos direitos violados ante o cometimento da ação criminosa.

É certo que, segundo a perspectiva de defesa de investigados e de acusados, o direito à ampla defesa igualmente pode tocar o objetivo de esclarecimento da verdade dos fatos, mas, paradoxalmente, muitas vezes também pode se dirigir ao interesse de *não esclarecimento* da verdade dos fatos (especialmente no caso de réus ou investigados efetivamente culpados), de maneira a eliminar a existência ou a coleta de subsídios fático-probatórios hábeis a embasar uma eventual sentença condenatória.³¹ Por outro lado, sob a perspectiva da defesa das vítimas de ações criminosas, o princípio atua necessariamente ante a abertura de ampla possibilidade de coleta de substrato probatório para o esclarecimento da verdade dos fatos.

Assim, afigura-se notável que, no plano material, o direito à ampla defesa das vítimas da criminalidade ou de seus familiares se aproxima de maneira indissociável de um direito material reiteradamente reconhecido pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos, representado pelo direito ao esclarecimento da verdade (pressuposto e finalidade do princípio da ampla defesa das vítimas). Daí se entender que, como desdobramento dessa mesma perspectiva das vítimas, o princípio constitucional da ampla defesa deve necessariamente antever o propósito de realização dos direitos desrespeitados dos sujeitos das violações criminosas.

Dessa maneira, se, sob a perspectiva dos investigados e acusados em geral, o princípio da ampla defesa representa legítimo e necessário anteparo processual que impede o desrespeito arbitrário aos direitos e garantias fundamentais como escudo protetor ao direito material à liberdade e à dignidade humana, deve-se ter em conta que, sob a perspectiva das vítimas das violações de direitos, esse mesmo princípio também implica uma dimensão material representada pela restauração dos seus direitos fundamentais desrespeitados (honra, vida, integridade física etc.) e que se materializa por meio de uma outra dimensão processual (representada pelos meios e recursos inerentes para a efetivação dessa defesa).

A procedência desse entendimento se desvela ante a verificação de que o art. 5º, LV, da Carta da República, inicialmente assegura aos *litigantes* o direito à ampla defesa, adicionando, em sua parte final, a possibilidade de acesso aos *meios e recursos inerentes* à realização daquele direito.

³¹ Cf. PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 206.

Evidentemente, se não subsistisse no princípio da ampla defesa uma dimensão de direito material a ser resguardada com os meios e recursos que lhe fossem inerentes – restando apenas a dimensão processual de resistência –, não haveria sentido lógico-jurídico em se conferir tal garantia constitucional aos *litigantes* em primeiro plano, com a abrangência da posição da *vítima* do ato ilícito praticado.

Em suma, percebe-se que o direito constitucional brasileiro sempre esteve integrado (expressamente) com o princípio da ampla defesa da vítima, não obstante tal constatação jamais ter sido descortinada pela doutrina e jurisprudência pátrias na norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Doravante, portanto, devem os operadores do direito no Brasil atentar-se para essa realidade que se encontra expressa no texto constitucional brasileiro desde a data de sua promulgação, cabendo especialmente ao Ministério Público a defesa dos direitos daqueles que sofreram com a prática de um ato ilícito em relação a si ou à sua família.

12. Conclusão

Esta investigação demonstrou existir no direito constitucional brasileiro o princípio expresso da ampla defesa da vítima, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. De fato, da leitura atenta do dispositivo constitucional sob exame, percebe-se que a norma em questão revela *duas* categorias de sujeitos que têm a seu favor assegurada a ampla defesa, quais sejam: (i) *os litigantes*, em processo judicial (civil ou penal) ou administrativo, em primeiro lugar; e (ii) *os acusados em geral*, em segunda posição. Por sua vez, sabe-se que os litigantes no processo penal são (i) o Estado, no polo ativo, que age por meio do representante do Ministério Público, e (ii) o acusado, no polo passivo. Ambos esses sujeitos recebem da norma constitucional *idêntico* direito à ampla defesa, com os mesmos pesos e os mesmos recursos a ela inerentes.

Materializando a correspondência entre os direitos e deveres constitucionais de defesa e de proteção, verifica-se, claramente, que o art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que contempla em favor de réus e de investigados a compreensão tradicional do princípio da ampla defesa, igualmente assegura, no interesse da proteção das vítimas ou de seus familiares, o direito à ampla defesa dos fundamentos acusatórios, que estabelecem a base para a realização da garantia fundamental à tutela penal.

Caberá ao Ministério Público agir, como representante do Estado, para garantir os direitos reconhecidos às vítimas da criminalidade, pois não há dúvidas de que a norma constitucional também às vítimas está voltada, para o fim de garantir-lhes todos os recursos – na representação que delas faz o *Parquet* – para que a resposta do Poder Judiciário seja satisfatória a cada uma delas e à sociedade em geral.

Doravante, tal princípio deverá ser devidamente reconhecido no Brasil em razão de sua estatura constitucional e, também, à conta de todas as decisões em matéria criminal da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenaram o Estado brasileiro pelo não atendimento ao direito à proteção especial às vítimas de crimes.

Em suma, após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, é ainda possível atestar que muitos detalhes e nuances constitucionais não vieram devidamente à luz no direito brasileiro atual, a exemplo do princípio constitucional da ampla defesa da vítima, que a presente investigação pretendeu desvendar e compreender em primeira mão. O futuro dirá se acertamos.

Referências bibliográficas

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a Constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

_____; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1055, ano 112, São Paulo, set. 2023, p. 135-160.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Alexander Araujo. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.



Lei
da Boa
Fé

Deixei

Con
solidar

Observatório Jurídico



A reforma tributária em curso¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Recentemente, participei do XXXVII Congresso de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba - IDEPE, em que analisei, ao lado dos melhores tributaristas do Brasil, a reforma tributária em curso.

Quero trazer aos leitores parte da preocupação que externei em minha palestra. Tenho a impressão, pela forma como reagiu o auditório, que os presentes também demonstram a mesma apreensão.

Todas as notícias propaladas pelos veículos de Comunicação são no sentido de que teremos uma simplificação do sistema tributário advinda da reforma.

Simplificação significa que, do sistema extensivo atual, deveremos ter um sistema muito mais simples, mais compreensível.

Contudo, o que ocorre? A Emenda 132, da Constituição Federal, criou três vezes mais dispositivos do que o sistema atual. Acho muito difícil algo simplificar aumentando o número de dispositivos a serem interpretados.

Revelei a minha grande preocupação, quando o projeto foi aprovado, no ano passado, no Congresso, pois não é possível falar em simplificação se, em nível constitucional, há um aumento considerável de três vezes mais disposições do que se tinha no sistema anterior.

De qualquer forma, ficamos dependentes das disposições dos novos projetos que estão sendo encaminhados.

O primeiro assusta. Para regular 1/3 do novo sistema e substituir em parte o CTN – que possui 218 artigos para disciplinar todos os tributos –, temos um projeto de 360 páginas e 499 artigos!

O que vale destacar é que o nosso Código Tributário, discutido durante 15 anos e que vigorou até agora, tem, repito, 218 artigos, enquanto apenas uma das leis complementares que visam simplificar o sistema tem 499 artigos. E não é a única, teremos outras.

Importante também salientar que, para que se avalie se o sistema vai dar certo ou não, até 2032, quando entrará em vigor primeiro o CBS, em 2026, e depois o IBS, em

¹ Artigo originalmente publicado no periódico *Estadão*, caderno *Opinião*, em 29/04/2024.

* Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs PR e RS. Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifrio, 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 Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio - SP. Ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp).

2029, teremos dois sistemas vigorando: o atual complexo e caótico, e o novo que terá que ser estudado com três vezes mais disposições constitucionais e com o primeiro dos projetos regulamentadores com 360 páginas e 499 artigos.

Acredito que enfrentaremos um processo extremamente complicado.

As empresas necessitarão manter seu atual sistema de controle ao lado de um novo regime. Somente para aplicar o novo sistema com tantos artigos e tantas disposições haverá, certamente, que acrescentar uma nova equipe especializada.

Assim, para simplificar e manter-se até 2032 os dois sistemas juntos, a vida será mais difícil para as empresas. Estou falando do mandato do atual presidente, daquele que vai substituí-lo de 2027 a 2030, e do outro que presidirá o Brasil a partir de 2030. Durante todo esse tempo teremos os dois sistemas juntos. Alerto, pois, para a insegurança jurídica que tudo isso trará.

Quero trazer um último aspecto neste artigo, entre os outros que abordei em minha palestra: todos os Estados e Municípios médios e grandes que são chamados exportadores líquidos de bens e serviços, pois passam para os outros Estados mais mercadorias e mais serviços do que recebem, como a incidência será no destino e, não mais, grande parte na origem, uma parte menor no destino, perderão receita.

Os que vão ganhar ficarão muito satisfeitos, os que vão perder serão compensados pela União, na medida das suas perdas. A União deverá destinar, teoricamente, todo ano R\$ 60 bilhões tanto para cuidar das suas perdas quanto para financiar outras finalidades. Terá, portanto, que destinar todo esse enorme montante para compensar quem vai perder. Será suficiente? Não se sabe.

Se uns ganham, outros não perdem, e a União precisa repassar R\$ 60 bilhões, de quem é que ela retirará o recurso? Ou do aumento de tributação ou de endividamento público.

Então, apesar de querer aceitar a reforma, cada vez mais chego à conclusão de que nós corremos o risco de entrar em um caos tributário e, creio que por essa razão, eles estabeleceram o ano de 2032 para ver se tudo vai correr bem. Esta é a ideia que levou a manter o atual sistema com o novo sistema e, à medida que se reduzirem as alíquotas do antigo, aumentar-se-ão as do novo.

Em outras palavras, a sensação que tenho é que corremos o risco, em 2032, – evidentemente, com 89 anos, eu não estarei aqui para ver, mas todos os leitores poderão constatar –, de continuação do velho sistema, porque o novo não deu certo.

Me sinto como naquela piada, pedindo perdão ao meu anjo da guarda por brincar com aquele que é meu protetor e cada um de nós tem um seu anjo da guarda.

É a história daquele cidadão que vem em alta velocidade em um carro, há um sinal amarelo e ele pergunta ao anjo da guarda, vou ou não vou? E ouve do anjo: “vai que dá”. E quando ele está no meio do caminho, vem uma jamanta e as últimas palavras que ele ouviu ainda vivo foi do anjo da guarda, que dizia: “não deu, não”.

Tenho receio que chegaremos em 2032 e concluiremos que “não deu não” e vamos continuar com o velho sistema.

É bem possível que às minhas objeções os sábios da reforma respondam, como Hegel a um discípulo, quando confrontado entre suas ideias e os fatos, “Pior para os fatos”.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico



Refletindo sobre a relatividade de uma *ética do dever* a partir de um conto do famoso escritor irlandês Oscar Wilde

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução. A aparente integridade ética do *dever*. 2. O resumo do conto de Oscar Wilde: “O crime de Lorde Arthur Savile”. 3. A grandeza do *dever* em Kant. Breves considerações. 4. Conclusão: reflexões jurídicas sobre um final diferente para o conto de Oscar Wilde. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito principal deste artigo é demonstrar, com o exemplo de um conto de Oscar Wilde, que o *dever* pode ser relativo no que concerne ao seu conteúdo moral, destoando da *Ética do Dever* formulada por Kant.

Abstract

The main purpose of this article is to demonstrate, through the example of a Oscar Wilde's short story, that duty may be relative in what concerns its moral content, clashing over the Ethics of Duty created by Kant.

Palavras-chave: Ética do Dever. Kant. Oscar Wilde. Lorde Savile.

Keywords: *Ethics of Duty. Kant. Oscar Wilde. Lord Savile.*

1. Introdução. A aparente integridade ética do *dever*

Quando se fala em *dever*, a inclinação natural de todos nós é o de atribuir-lhe um significado positivo; uma espécie de compromisso moral que se assume no sentido de praticar uma ação que se amolde a princípios elevados e relevantes para a sociedade, ou mesmo, para um grupo pequeno de pessoas; ou até mesmo em relação a um único ser humano. E a expansão do *dever* pode assumir finalidades diversas desde a

* Pós-graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro inativo. Vice-Diretor da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Professor de Direito da PUC-Rio.

preservação do meio ambiente até a conservação de um patrimônio histórico. Como se pode constatar, a finalidade do *dever* não impõe limites definidos.

O *dever* pode, portanto, assumir proporções de muita visibilidade política e social, seja enaltecendo um único indivíduo ou até mesmo um exército em guerra pela libertação de um povo. A princípio, figura como objetivo do *dever* algo bastante relevante que se deseja realizar em praticamente todos os segmentos da vida em sociedade. Quando se trata de um evento de grandes proporções – como uma guerra de conquista de territórios injustamente ocupados – esse *dever* coletivo é passível de uma fragmentação capaz de revelar o verdadeiro sentimento que habita a psique de cada oficial ou praça engajados no conflito. E, certamente, um bom número de combatentes está no campo de batalha a contragosto, cumprindo uma obrigação estatal que lhe foi imposta e que não lhe permite outra saída a não ser a deserção, com as consequências danosas cabíveis.

Não há que se falar apenas em guerras, mas é possível trazer a lume o exemplo de uma universidade famosa que se sobressai entre as melhores do mundo justamente pelo senso de *dever* gerado por seus fundadores e perpetuado pelos docentes e discentes que lhe seguiram, imbuídos de um senso de dever cujo conteúdo é a manutenção da excelência de ensino conquistada, ao longo do tempo, pela instituição.

Deveres positivos são inúmeros no mundo em que vivemos a ponto de o grande filósofo Kant haver formulado uma *Ética do Dever*. E quando se antepõe o vocábulo “ética” ao *dever*, chega-se à precipitada conclusão de que todo *dever* traduz um sentimento recheado de boas intenções, digno de elogio por parte da humanidade. Ledo engano. Daí falarmos no título dessa breve introdução em “aparente integridade ética do dever”. No curso deste artigo, procuraremos demonstrar, de forma clara, que fatos hediondos podem ter como raiz um *dever* desumano proveniente de mentes desequilibradas que encontram no fanatismo, seja religioso, seja político, seja racial, uma maneira inescrupulosa de introjetar em seres humanos desprovidos de equilíbrio emocional teorias absurdas, que trazem no seu bojo *deveres* que afetam, acima de tudo, a alteridade. É o que abordaremos nos tópicos seguintes.

2. O resumo do conto de Oscar Wilde: “O crime de Lorde Arthur Savile”

À guisa de oferecermos aos leitores uma espécie de aperitivo literário do conto criado por Oscar Wilde, transcrevemos nas linhas que seguem o excelente resumo retirado do *site* de Ricardo Moraes cujo título é “Página do Ricardo”. Nele, podemos encontrar o resumo de inúmeras obras literárias, o que é altamente elogioso em termos de incentivo à leitura de grandes escritores. Senão vejamos:

“A história se passa na Inglaterra, no final do século XIX. Durante uma festa, Lady Windermere apresenta seu quiromante, Septimus Podgers, aos seus convidados. Ele lê as mãos de diversas pessoas, impressionando a todos pelos detalhes que revela sobre a vida e a personalidade de cada um. No entanto, ao ler a mão do jovem Lorde Arthur Saville, Podgers fica pálido e se recusa a revelar o que vira. Após ser pressionado

em particular por Lorde Arthur, que lhe oferece pagamento, Podgers confessa que vira que ele cometeria um assassinato em breve.

Naturalmente, Lorde Arthur fica muito perturbado com a revelação e vagueia pela noite, pensando sobre seu destino. No dia seguinte, ele pensa sobre sua noiva, Sybil Morton, e se convence que, já que seu destino era matar alguém, ele deveria fazer isso logo, para poder se casar em paz. Lorde Arthur passa em revista seus amigos e parentes em busca de uma vítima apropriada e se decide por Lady Clementina Beauchamp, uma prima idosa da sua mãe.

Uma vez tomada sua decisão, ele começa a tratar dos preparativos. Lorde Arthur escolhe veneno como o melhor método. Consultando alguns livros sobre toxicologia no seu clube, ele seleciona um veneno apropriado e manda preparar a receita numa farmácia próxima, afastando as suspeitas do farmacêutico ao dizer que o veneno seria dado a um dos seus cães, que estava raivoso. Lorde Arthur coloca a pílula envenenada numa linda caixa de vidro e vai visitar Lady Clementina.

Durante sua visita, ele oferece a pílula para a velha senhora como um poderoso remédio americano para o estômago, e ela promete tomá-lo assim que tiver uma nova crise de azia. Ao voltar para casa, Lorde Arthur decide aguardar os acontecimentos antes de prosseguir com sua vida. Ele procura Sybil e afirma que um negócio importante o obrigará a viajar e adiar o casamento por algum tempo. Ele se despede e parte para Veneza, onde fica várias semanas, na companhia do seu irmão.

Durante a viagem, ele recebe um telegrama com a notícia da inesperada morte de Lady Clementina, que lhe deixara uma pequena herança. *Aliviado e com a sensação de dever cumprido*, ele retorna imediatamente para Londres, reencontra Sybil e remarca a data do casamento. Entretanto, enquanto examinava os papéis de Lady Clementina junto com Sybil, ela encontra a pílula envenenada ainda na embalagem. Horrificado, Lorde Arthur conclui que Lady Clementina morrerá de causas naturais, e o peso do seu futuro crime volta a assombrá-lo.

Logo Lorde Arthur se recupera do choque e recomeça seus planos. Ele adia novamente o casamento, para desespero da família; no entanto, Sybil confia totalmente nele. Lorde Arthur escolhe seu tio, o Deão de Chichester, como sua nova vítima, e decide usar explosivos desta vez. Ele encomenda um relógio com uma bomba a um anarquista alemão, que providencia a entrega e o ajuste da bomba para a data e o horário desejados. Passam-se alguns dias e nada acontece. Lorde Arthur acaba recebendo uma carta da prima, que conta sobre o relógio recebido e como ele faz pequenas explosões inofensivas, um tanto divertidas.

Fracassando na sua segunda tentativa, Lorde Arthur desiste de preparar assassinatos e vai passear na beira do Tâmsa, à noite. De repente, ele encontra Podgers, o quiromante. Num impulso, Lorde Arthur agarra o homem e o arremessa no rio, onde ele desaparece. Dias mais tarde, os jornais noticiam o suicídio do quiromante. *Aliviado, Lorde Arthur se casa com Sybil.*

A história termina com Lorde Arthur, anos depois, dizendo a Lady Windermere que deve tudo à quiromancia, especialmente seu amor, Sybil” (*verbis*, grifamos).

Como se pode observar, a vida de Lorde Arthur Savile, a partir do momento em que tomou conhecimento de que, no seu destino, descortinado pelo quiromante, ele teria que cometer um assassinato, tal revelação passou a ser um inevitável *dever* que, se não fosse concretizado, arruinaria trágica e inexoravelmente sua vida particular, impedindo-lhe, para começar, o próprio casamento. Importante que se recorra ao título original do conto onde se lê, bem abaixo do título, a expressão “A Study of Duty” (*Um estudo de Dever*). Independentemente de fatores como o conservadorismo e o culto à morte que marcaram a Era Vitoriana, no Reino Unido, o *dever* que a narrativa descreve se constitui, na verdade, de um transtorno mental de cunho obsessivo-compulsivo. É possível destacar-se do texto original, na sua integralidade, uma passagem que parece revelar o momento exato em que Lorde Arthur Savile adentra o mundo obscuro desse *dever*:

Now as Lord Arthur looked at her, he was filled with the terrible pity that is born of love. He felt that to marry her, with the doom of murder hanging over his head, would be a betrayal like that of Judas, a sin worse than any the Borgia had ever dreamed of. What happiness could there be for them, When at any moment he might be called upon to carry out the awful prophecy written in his hand? (Wilde, 1997:167).¹

Deixando-se de lado, ainda que momentaneamente, a justificativa psiquiátrica para as tentativas de homicídio e o assassinato consumado perpetrados por Lorde Savile, esse *dever*, em termos éticos, equivale aos inúmeros atos terroristas praticados em nome de uma crença sobrenatural e/ou política, encaixando-se como luva no denominado fanatismo. Essa talvez seja a principal lição que se pode extrair do conto de Oscar Wilde. A *ética do terror* que introjeta em mentes adestradas o dever de matar para glória de uma ideologia absurda.

3. A grandeza do *dever* em Kant. Breves considerações

Relevante destacar que, para Kant, não há que se falar em “relatividade” de uma *ética do dever*. Pode-se mesmo afirmar, com convicção, que o *dever*, na doutrina kantiana, possui caráter absoluto e está sempre vinculado a uma origem nobre e justa, não cedendo a desvios quanto à sua finalidade para o Bem. Como bem explanado por Georges Pascal, no seu livro “Compreender Kant” (Pascal, 2005:126):

¹ “Agora quando Lorde Arthur olhou para ela, ele foi invadido por uma pena terrível que brota do amor. Ele sentiu que para se casar com ela, com o peso de um assassinato pendendo sobre a sua própria cabeça, seria uma traição como aquela cometida por Judas, um pecado pior do que qualquer um dos Borgia pudesse sonhar. Que tipo de felicidade poderia existir para eles. Quando, a qualquer momento, ele poderia ser chamado a colocar em prática a terrível profecia gravada em sua mão?”

“Essa recusa de todo compromisso entre a moralidade e a experiência constitui o que se costuma chamar o rigorismo kantiano. O dever não é um conceito empírico: é uma ordem *a priori* da razão. A moral não se define pela usança do maior número: é um ideal que a nossa razão nos propõe *a priori*. Não devemos, pois, apoiar as ideias morais nas lições da experiência; ao contrário, os exemplos dados na experiência devem ser avaliados em função do ideal moral:

‘Não se poderia prestar pior serviço à moral do que fazê-la derivar de exemplos.’”(ibidem: 69)

Cotejando-se o “conteúdo moral” do conto de Oscar Wilde com os fundamentos da *Ética do Dever* de Kant, fica evidente que não se pode dizer que as condutas criminosas levadas a efeito por Lorde Savile se originem de um *dever*; pelo contrário, foram ações que partiram de uma mente aprioristicamente voltada para a consecução de uma ideia doentia, que libertaria de seu imaginário um evento impeditivo para sua felicidade plena. Como tornar *universal*, em termos de verdade, a adivinhação de um quiromante no sentido de que determinado consulente está inevitavelmente fadado a cometer um assassinato no curso de sua vida e que, para tanto, quanto mais cedo cometer o crime, mais cedo estará “livre” para viver em paz? Uma tese totalmente absurda e contrária à moral.

De fato, todo o enorme esforço de reflexão que Kant empreendeu em sua obra filosófica sempre teve o objetivo de estudar *separadamente* dois âmbitos que Aristóteles já distinguira séculos antes: o âmbito *teórico*, correspondente ao que ocorre *de fato no universo conforme sua própria dinâmica*, e o âmbito *do prático*, correspondente ao que pode ocorrer por obra da vontade livre dos seres humanos. Em ambos os terrenos é possível – na opinião de Kant – que a razão humana saia da ignorância e da superstição se a partir da filosofia se tomam medidas para disciplinar a reflexão sem se deixar levar por arrebatamentos ingênuos e irresponsáveis. (Cortina e Martinez, 2015:69).

4. Conclusão: reflexões jurídicas sobre um final diferente para o conto de Oscar Wilde

E se Oscar Wilde tivesse optado por finalizar o conto com a prisão de Lorde Arthur Savile e a instauração de um processo penal contra ele? Como sustentar o *dever* numa tese defensiva? É possível que o leitor, ainda que não atue na área jurídica, fique tentado a imaginar num “destino” diferente para Lorde Savile: a sua felicidade interrompida pela descoberta dos delitos praticados, principalmente, pelo mais grave deles, ou seja, o perpetrado contra o infortunado quiromante Senhor Podgers.

E, dando continuidade ao fluxo da imaginação, qual poderia ser a tese defensiva que o advogado de Lorde Savile apresentaria em Juízo, supondo-se que estivesse sendo aplicada aos fatos criminosos, a lei penal brasileira? Preferimos optar por uma “defesa” que focalizasse justamente a questão do *dever*, posta em relevo pelo autor da obra literária.

Nessa linha de um *dever* que, no conto, destoa inteiramente de uma ética aceitável e positiva, seria possível fundamentar a conduta de Lorde Savile, ainda que absurdamente, na *causa de inimputabilidade* denominada “coação moral irresistível” prevista no artigo 22 do Código Penal pátrio. Mirando tão somente o homicídio consumado cometido, casualmente, contra o quiromante, a vítima figuraria como o “mensageiro” de um personagem sobrenatural chamado “Destino”. O coator, *in casu*, teria sido o Destino que decretara implacavelmente contra o nobre britânico a inevitável sina de se tornar um assassino durante a sua existência terrena. Assinale-se que as consequências do descumprimento dessa ordem maldita não estavam incluídas no decreto expedido pelo mensageiro quando da leitura quiromântica. E como qualificar essa estúpida “coação” como sendo “moral”?

Destarte, conclui-se que, mesmo admitindo-se a relatividade do *dever*, no conto em exame, esse *dever* adveio do além e foi doentidamente introjetado na mente de Lorde Arthur Savile. Por conseguinte, tomando-se o *dever* subsumido na moldura da ética kantiana, não há que se falar em “coação moral irresistível”.

A nosso juízo, a defesa de Lorde Arthur Savile pode ter como supedâneo jurídico o artigo 26, *caput*, ou seu parágrafo único, do nosso Código Penal.

O Dr. Mark Zimmerman, MD, South County Psychiatry, no *site* intitulado “Manual MSD. Versão Saúde para a Família” (www.msmanuals.com), discorrendo sobre os distúrbios de saúde mental, aponta para o diagnóstico de “transtorno de personalidade obsessivo-compulsiva”, enfatizando a sua diferença com o “transtorno obsessivo-compulsivo”. E o define como sendo:

(...) um problema de saúde mental caracterizado por uma preocupação generalizada com organização, perfeccionismo e controle (sem espaço para flexibilidade ou eficiência) que acaba interferindo na conclusão da tarefa.

Salienta o psiquiatra que “A pessoa com *transtorno de personalidade obsessivo-compulsiva* precisar ter controle e fazer as coisas de uma maneira específica na tentativa de alcançar o perfeccionismo”.

E destaca um sintoma que se enquadra, a nosso juízo, no comportamento anormal que se observa em Lorde Arthur Savile:

A pessoa com transtorno de personalidade obsessivo-compulsiva pode ser fanática, exigente e rígida em relação à questão de moralidade, ética e valores. Ela aplica princípios morais rígidos a si mesma e aos outros e é duramente autocrítica.

Apenas um lembrete final. A história criada por Oscar Wilde nos remete ao famoso conto do nosso maior escritor, Machado de Assis, intitulado “A Cartomante”. Nele, o *sobrenatural* também entra em cena e, com muita ironia, o romancista lança no primeiro parágrafo a seguinte frase:

Há mais coisas entre o céu e a terra do que sonha nossa vã filosofia.

Referências bibliográficas

CORTINA, Adela e MARTINEZ, Emilio. *Ética*. 6ª ed. Trad. de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola. 2005.

PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. 2ª edição. Introdução e tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Editora Vozes. 1977.

WILDE, Oscar. *The Collected Works*. London: Wordsworth Editions Limited. 1997.

Na web

Páginas do Ricardo - site criado por Ricardo de Moraes (<https://paginadoricardo.wordpress.com/>).

Manual MSD - Versão Saúde para a Família - site criado pelo Dr. Mark Zimmerman (www.msmanuals.com).



Detalhe da imagem da capa

Observatório Literário



iiLer
Instituto
Interdisciplinar
de Leitura
PUC-Rio



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Importância da formação de leitores: reflexões sobre literatura, leitura e desenvolvimento

Gilda Carvalho*

Sumário

1. Introdução: de que leitor estamos falando? 2. Quanto custa um país que não lê? Algumas reflexões sobre o analfabetismo funcional. 3. Como formar o leitor que deseja formar-se leitor. 4. Entrelaçando caminhos: a potência da Literatura. Bibliografia.

Resumo

Este texto oferece uma reflexão sobre o processo de formação do leitor que, já alfabetizado e inserido em atividades profissionais e sociais, deseja dar continuidade à sua formação leitora. Apresenta para isso algumas questões relacionadas ao alfabetismo funcional e a práticas de formação de leitores, para, por fim, demonstrar a importância da Literatura como potencializadora destas ações.

Abstract

This text offers a reflection on the process of forming the reader who, already literate and engaged in professional and social activities, wishes to continue their reading development. To this end, it presents some issues related to functional literacy and practices for forming readers, ultimately demonstrating the importance of literature in enhancing these actions.

Palavras-chave: Formação de leitores. Alfabetismo Funcional. Literatura. Interdisciplinaridade.

Keywords: Reader formation. Functional literacy. Literature. Interdisciplinarity

* Mestre em Literatura Brasileira pela PUC-Rio. Diretora do Instituto Interdisciplinar de Leitura PUC-Rio. Coordenadora da Cátedra UNESCO de Leitura PUC-Rio.

Parecia muito pequeno o ideal de meu pai, naquele tempo, lá. A escola, onde me matriculou também na caixa escolar – para ter direito a uniforme e merenda – *devia me ensinar a ler, escrever e a fazer conta de cabeça*. O resto, dizia ele, é só ter gratidão, e isso se aprende copiando exemplos.

Bartolomeu Campos de Queirós¹ (grifo meu)

1. Introdução. De que leitor estamos falando?

Início este texto procurando delinear de qual tipo de leitor ele tratará. Nosso leitor está inserido em uma categoria que, considerada a escolaridade, já concluiu pelo menos o Ensino Médio, e, muitas vezes, mesmo que sem formação técnica ou superior, exerce atividade laboral, formal ou não.

Esse leitor, ainda, reconhece a necessidade de desenvolver habilidades leitoras para seu próprio crescimento social e profissional. Muitas vezes compreende “leitura” como erudição ou intelectualidade, desqualificando sua própria capacidade de ler as realidades que o cerca e de entender que há textos que também são lidos em outras linguagens e suportes – e que ele os lê.

É uma categoria que vislumbra a leitura também como uma ferramenta de inserção social e, por isso, busca espaços para partilhar suas experiências leitoras e também para aprender mais, seja sobre Literatura, seja sobre outros campos do conhecimento, seja sobre outras pessoas – ele compreende que a partilha do texto lido trabalha sua capacidade de colocar sua própria voz no mundo, aprimorando a autoestima e a participação social. Reconhece que a leitura agrega pessoas e ajuda no desenvolvimento de habilidades de expressão oral e escrita.

Atuando social e profissionalmente, realizando múltiplas atividades e assolados por uma avalanche informacional que demanda capacidade para realizar conexões cada vez mais rápidas, esse leitor facilmente se reconhece incapaz de compreender o mundo à nossa volta. Sabe que para responder a esses desafios, sem dúvida, é fundamental dominar o conhecimento que qualquer atividade requer. Mas, sabe, também, que precisa saber ler – ou interpretar de texto(s) – para que a resposta ofereça sentido para si mesmo e para os outros.

Antes, porém, de chegarmos à leitura como uma poderosa via de construção de sentido e transformação social, é preciso refletir sobre a formação de um leitor desde a infância até a sua inserção plena na sociedade e, por conseguinte, nas diferentes esferas sociais nas quais passará a atuar.

¹ Epígrafe extraída do livro “Ler, Escrever e Fazer Conta de Cabeça”, de Bartolomeu Campos de Queirós, publicado pela Global Editora.

2. Quanto custa um país que não lê? Algumas reflexões sobre o analfabetismo funcional

Não é de hoje que pesquisadores da leitura se perguntam o custo de um país que não investe em formação de leitores. Esse custo está diretamente relacionado com o analfabetismo funcional, que, por sua vez, impacta o desenvolvimento econômico e social de uma nação.

Os primeiros estudos sobre o analfabetismo funcional surgiram nos Estados Unidos ainda durante a Primeira Grande Guerra, quando se buscou avaliar a capacidade dos soldados enviados aos fronts para ler e compreender instruções, mapas e estratégias determinadas para suas ações. Posteriormente, esses estudos foram ampliados para outros campos fora do escopo militar de modo a aferir a capacidade de leitura de adultos, sobretudo nos seus espaços de trabalho.

Os resultados de pesquisas realizadas nos anos iniciais do século XX nos Estados Unidos e na Inglaterra tornavam explícitos que o investimento incipiente dos países em uma Educação que considerasse seriamente tanto o processo de alfabetização quanto de formação de leitores, impactava diretamente em custos econômicos provocados pela falta de mão-de-obra qualificada.

Assim, em 1975, no Congresso Internacional de Persépolis, promovido pela UNESCO, no Irã, as questões sobre analfabetismo funcional tomaram vulto e ficando definidas em 2 correntes: uma relacionada apenas à formação de uma mão-de-obra qualificada para o trabalho e, a outra, de característica mais humanista, inspirada pelos ensinamentos de Paulo Freire, que vincula alfabetização ao trabalho, à ciência, à técnica, à participação popular e à cultura. Dessa forma, para ser considerado “alfabetizado”, ao indivíduo não basta assimilar o objeto de seu estudo ou trabalho, mas precisa fazer com que esse objeto dialogue com a sua realidade, estabelecendo com ela uma atitude crítica e reflexiva.

[...] dizer algo do processo em que me inseri enquanto ia escrevendo este texto que agora leio, processo que envolvia uma compreensão crítica do ato de ler, que não se esgota de decodificação pura da palavra escrita ou da linguagem escrita, mas que se antecipa e se alonga na inteligência do mundo. *A leitura do mundo precede a leitura da palavra*, daí que a posterior leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele. Linguagem e realidade se prendem dinamicamente. A compreensão do texto a ser alcançada por sua leitura crítica implica a percepção das relações entre o texto e o contexto. Ao ensaiar escrever sobre a importância do ato de ler, eu me senti levado – e até gostosamente – “reler” momentos fundamentais de minha prática, guardados na memória desde as experiências mais remotas de minha infância, de minha

adolescência, de minha mocidade, em que a compreensão crítica da importância do ato de ler se veio em mim constituindo.²

No Brasil, o Indicador de Alfabetismo Funcional – INAF é medido por meio de uma pesquisa realizada pela ONG Ação Educativa e pela Consultoria Conhecimento Social. O último levantamento foi feito em 2018 e considerou 4 habilidades funcionais dos campos do letramento e do numeramento (ler, escrever e fazer operações matemáticas): localização, integração, elaboração e avaliação. Para cada uma delas, foram avaliados 5 níveis: analfabeto, rudimentar, elementar, intermediário e proficiente. Não cabe aqui estendermos a apresentação dos resultados³, mas alguns deles são necessários para compreendermos as demandas de um indivíduo que se reconhece leitor, mas percebe insuficiências em sua formação. Apenas 4 destaques para nossa reflexão:

- a. A pesquisa considera uma amostra da população brasileira entre 15 e 64 anos.
- b. Em 20 anos, o percentual de analfabetos funcionais no Brasil caiu de 30% para 20%. Porém o índice de analfabetos e proficientes permanecem praticamente os mesmos, indicando que não há transformações na Educação que garantam que um analfabeto se torne efetivamente um leitor proficiente.
- c. São considerados analfabetos funcionais: 8% da população brasileira, dos quais, apenas 3% chegam ao Ensino Médio.
- d. São considerados proficientes: 12% da população brasileira, dos quais 50% atingem a Graduação.

Voltando à pergunta que inicia esta seção (Quanto custa um país que não lê?), temos que não é difícil perceber a complexidade para medir custos que consideram desde a eficiência de um sistema educacional às características das atividades econômicas e sociais desenvolvidas por um determinado grupo populacional. Ainda que complexa metodológica e cientificamente, é uma pergunta que precisa de alguma forma ser respondida, pois que interfere diretamente com o desenvolvimento de um país e seus índices de qualidade de vida. E, ainda que não esteja satisfatoriamente respondida por pesquisadores de tantos países que se dedicam a ela, é possível minimizar seus efeitos.

No Brasil, especificamente, há inúmeros trabalhos que subvertem a ordem negativa do cálculo de um custo: há um país que vale porque está fazendo ler. São

² FREIRE, A importância do ato de ler. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1989. Grifo meu.

³ Os resultados completos, a metodologia, conclusões e recomendações da pesquisa podem ser encontrados no site www.analfabetismofuncional.org.br

inúmeros projetos e iniciativas em todos os rincões de um país enorme, é possível ver a atenção a essa deficiência que, suprida, poderá contribuir para novos parâmetros educacionais e melhoria do desenvolvimento social e econômico. E são, ainda, espaços para acolhimento de um leitor que busca continuar sua formação. Retornemos, pois, a ele...

3. Como formar o leitor que deseja formar-se leitor

Os leitores que percebem a necessidade de buscar a continuidade de suas formações têm em comum o sentimento de ser um leitor de “pouca qualidade” porque não gosta de autores ou temas rebuscados, ou porque só lê um determinado tipo de texto ou porque não gosta de um determinado gênero que acha importante gostar para que possa ser considerado um leitor. Muitos, ainda, se ressentem por não terem lido todos aqueles livros do cânone da Literatura, os Clássicos, os grandes autores...

Uma fala comum, porém, chama a atenção: “eu gostava de ler quando era criança, mas na escola tive um professor/uma professora que...”, explicitando a deficiência das escolas em formar leitores. Nada afasta mais da leitura que a obrigação de ler um texto para fazer uma prova, para responder perguntas do tipo “o que o autor quis dizer com o texto ou com isso ou aquilo...”. As gerações atuais têm a sorte de estar vivendo um momento de inserção de novas práticas de leitura nas escolas e encontram um ambiente propício para serem seduzidas pelas narrativas e ao texto. Adiante, com certeza, isso terá um efeito bastante positivo na redução dos índices de alfabetismo funcional, pois que, sendo um leitor autônomo, será capaz de realizar as habilidades requeridas na composição dos níveis de proficiência necessários.

Como fazer, então, para continuar a formar um leitor? A primeira coisa é fazer com que ele se (re)descubra leitor. Para isso, é essencial o trabalho com a memória, pois que ela tem em si a potência para costurar afetos, história e conhecimento. Enfrentamos todas mudanças sociais aceleradas e identidades que se transformam o tempo todo. Isso provoca sensações de insegurança e a memória passa a ser, então, o “lugar de pouso”, “o ninho”. Buscamos, nostalgicamente, situações e sentimentos que nos façam atribuir sentido a uma realidade dispersa e plural⁴. Por nos oferecer a *sensação de continuidade de quem somos*⁵, a memória passa a ser uma ferramenta poderosa nessa busca.

É, pois, um momento que se configura para alguns como descoberta, para outros como redescobertas, da potência que um texto tem em seus diversos suportes e linguagens. É o momento de “perder o medo” e de deixar de lado a aterrorizante pergunta “o que o autor quis dizer com isso?” e assumir sua transformação em outras três: “o que o texto diz?”, “o que o texto me diz?”, e, a mais importante, “o que o texto me faz dizer?”

⁴ Ver o texto “Memória: um passeio teórico” In: BARBOSA, Marialva Carlos. *Percursos do olhar*: comunicação, narrativa e memória. Niterói: EdUFF, 2007. p. 39-52.

⁵ YUNES, Eliana. *Tecendo um leitor*: uma rede de fios cruzados. Curitiba: Aymará, 2009. p. 26.

É neste momento em que o leitor aqui citado reconhece que ele pode acionar suas lembranças e contar suas histórias. É aí que ele descobre dentro que de sua própria história de vida tantas outras histórias podem ser contadas, porque se cruzam, se entremeiam. É aí que ele descobre que viver é intrinsecamente ligado a narrar.

É importante lembrar que esse leitor está muitas vezes inserido em ambientes hostis ao artístico ou ao lúdico. Os espaços de trabalho – e de atuação social – são muitas vezes regidos por normas, procedimentos, direitos e deveres, metas a serem cumpridas e atingidas. Desde as primeiras observações que se tornaram o embrião das teorias da ciência da Administração de Empresas muito se caminhou para retirar (ou disfarçar?) do ambiente empresarial o mecanicismo do início do século XX. Hoje, conhecemos ambientes de trabalho amigáveis, em que se estimula a personalização e o compartilhamento de ideias. Muitas dessas inovações nada mais são que a fantasia de um “lugar perfeito para o trabalho”, haja vista as infindáveis listas de “melhores empresas para se trabalhar”. Na essência, o vínculo trabalhista nada mais é que a regulamentação de uma relação que exige a realização de um trabalho pago por uma determinada remuneração: atingiu o esperado, o empregado é mantido; não atingiu, é descartado. Estamos imersos no capitalismo e empresas não são feitas para a filantropia. Esta é a lógica de nossa sociedade e em espaços permeados por uma realidade essencialmente opressora, embora às vezes disfarçada, o encontro com a Literatura cumpre o papel de um sopro, uma brisa, tal como nos fala Roland Barthes, citado por Antoine Compagnon em seu *Literatura para quê?* “[A] literatura não permite andar, mas permite respirar”⁶.

4. Entrelaçando caminhos: a potência da Literatura

O texto já citado de Antoine Compagnon é fértil para essa reflexão e, com ele, início a costura deste:

Doravante a leitura deve ser justificada. Não somente a leitura corrente, do leitor, do homem de bem, mas também a leitura erudita, do letrado, *do/da profissional*. A Universidade conhece um momento de hesitação com relação às virtudes da educação generalista, acusada de conduzir ao desemprego e que tem sofrido a concorrência das formações profissionalizantes, pois estas têm a reputação de melhor preparar para o trabalho. Tanto é que a iniciação à língua literária e à cultura humanista, menos rentável a curto prazo, parece vulnerável na escola e na sociedade do amanhã.⁷

⁶ COMPAGNON, Antoine. *Literatura para quê?* Trad. Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 41.

⁷ COMPAGNON, *op. cit.*, p. 23. Grifo nosso.

Aqueles que ousam buscar a continuidade de sua formação leitora se permitem fazer uma viagem para dentro de si mesmos e a compartilham com outros; reencontram-se com histórias lidas e que talvez não tivessem percebido o que já haviam provocado em suas vidas. Histórias que ultrapassam o “era uma vez...” e falam da vida real. Assim, quem permanece nesse processo, (re)descobre-se leitor da vida e do mundo – e, lidos os dois, forma-se um leitor de Literatura, apto para dar outros passos na leitura de outros tipos de textos. Começa, portanto, a ultrapassar as barreiras que precisa superar para conquistar o nível de proficiência em uma avaliação de alfabetismo funcional.

Do destaque feito na citação de Compagnon, surge a pergunta: o que aquele leitor, que ousa entrar (ou aprofundar) o mundo da Literatura realmente conquista com isso? “Qual é a pertinência [...] da literatura para a vida? Qual a sua força, não somente de prazer, mas também de conhecimento, não somente de evasão, mas também de ação?”⁸.

Quando busca a inserção em um espaço que possa oferecer continuidade à sua formação, o leitor encontra atividades que variam desde cursos, rodas ou clubes de leitura, círculos de leitura, enfim, ações que valorizam o compartilhamento de sua leitura com outras pessoas, regido por uma dinâmica previamente preparada para provocar o encontro com o texto e identificação da narrativa com a vida.

O que ocorre, portanto, é um processo de estabelecimento de um espaço de confiança mútua. Faz parte deste processo a partilha e a escuta das memórias individuais. E, como consequência desse diálogo, estabelece-se o reconhecimento do outro como alguém que também possui suas memórias e suas histórias. Entrelaçar esse processo com a literatura faz descobrir a potência dela como local de reunião de saberes insubstituíveis e próprios da natureza humana.

A literatura deve, portanto, ser lida e estudada porque oferece um meio – alguns dirão até mesmo o único – de preservar e transmitir a experiência dos outros, aqueles que estão distantes de nós no espaço e no tempo, ou que diferem de nós por suas condições de vida. Ela nos torna sensíveis ao fato de que os outros são muito diversos e que seus valores se distanciam dos nossos.⁹

Abrir-se – à sensibilidade e ao outro – é a porta de entrada para a compreensão do mundo onde nos inserimos: o mundo pessoal, o social e o do trabalho, onde passamos grande parte de nossas vidas e, possivelmente, onde são despertadas questões que estarão presentes em nossos dias por muito tempo: realização, prazer, sofrimento, amizade, sucesso, opressão, estima, respeito... e outras tantas que também são discutidas e enfrentadas por inúmeros personagens escritos nos livros afora.

⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁹ *Ibid.*, p. 47.

“Todas as formas de narração [...] falam-nos da vida humana”¹⁰. Ler a Literatura, o Cinema, as Artes Plásticas, nos ensina a sentir, a reconhecer que os sentidos são ilimitados e que o que está no mundo afeta uma vida que precisa se colocar nele para que possa ser singular. Da identificação entre os conflitos que vive e os que vivem os personagens das narrativas, o leitor em formação ganha voz e consegue se dizer. Consegue interagir com outras linguagens e tipos de textos. Consegue elaborar seu próprio pensamento e discernir. Além de andar, consegue voar e carregar consigo a perspectiva de um novo modelo de inserção cidadã e, por conseguinte, de país.

Bibliografia

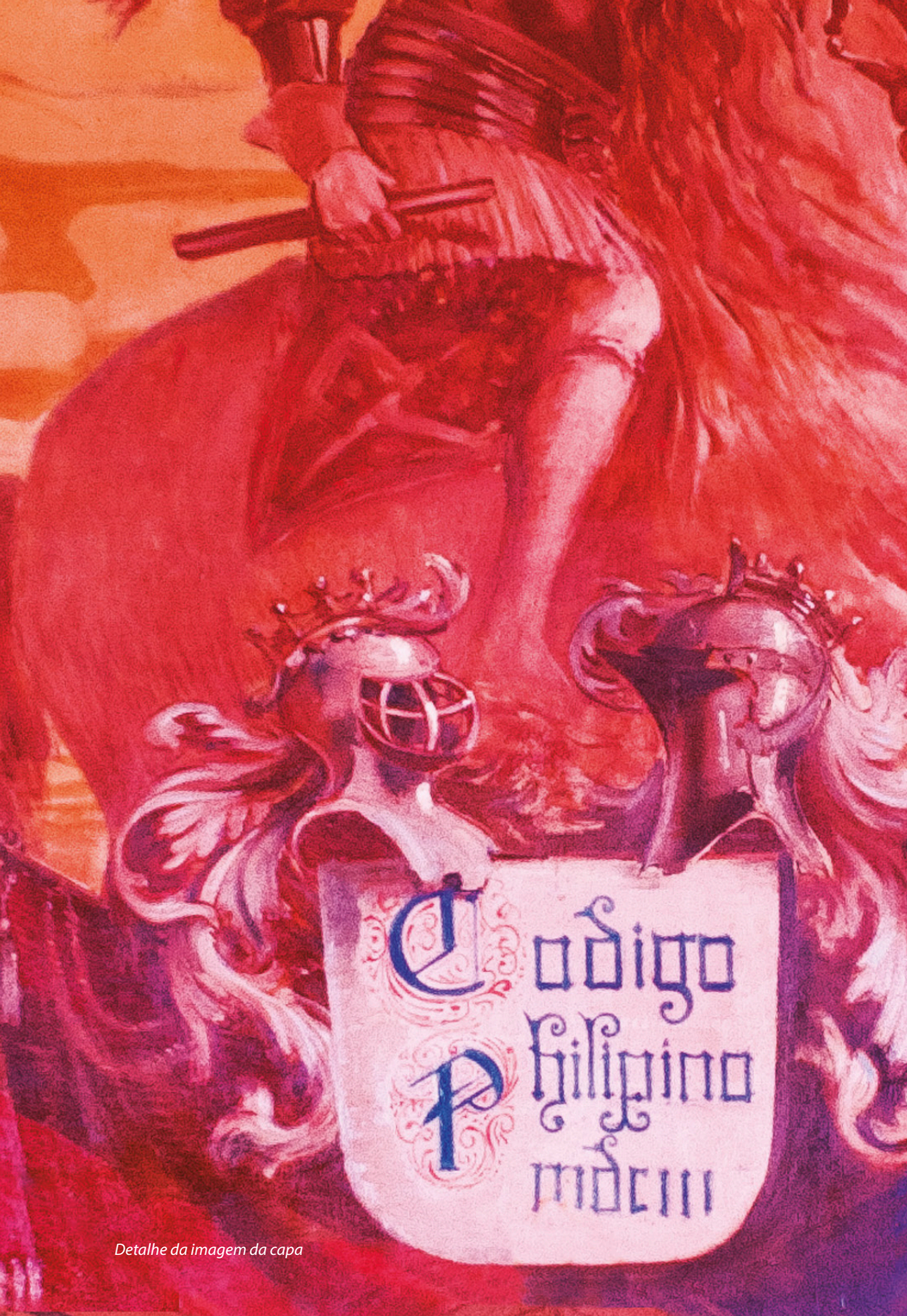
BARBOSA, Marialva Carlos. *Percursos do olhar: comunicação, narrativa e memória*. Niterói: EdUFF, 2007.

COMPAGNON, Antoine. *Literatura para quê?* Trad. Laura Taddei Brandini. Belo Horizonte. Editora UFMG. 2009.

FREIRE, Paulo. *A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam*. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989

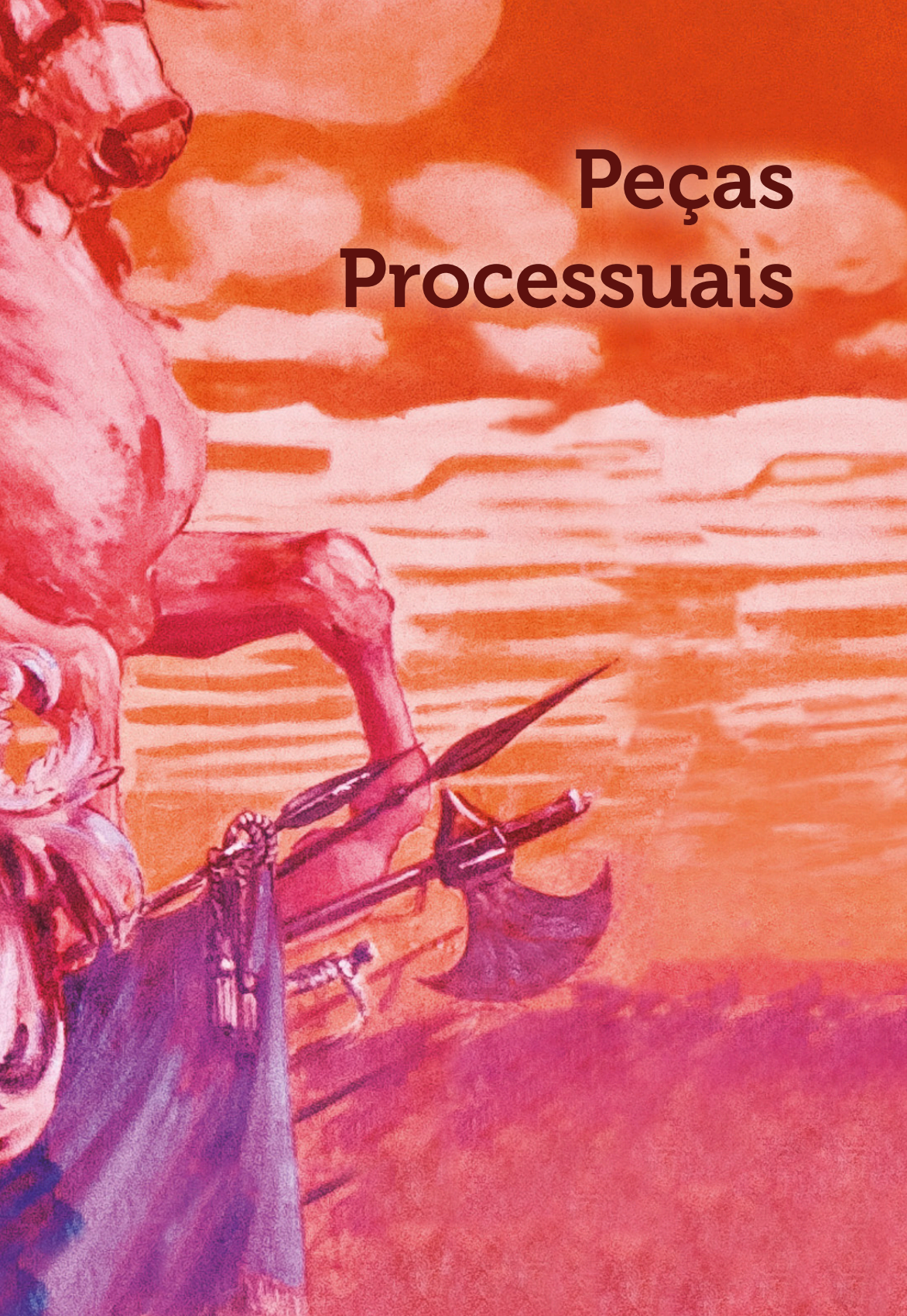
YUNES, Eliana. *Tecendo um leitor: uma rede de fios cruzados*. Curitiba. Aymará. 2009.

¹⁰ *Ibid.*, p. 52.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Ministério Público do Estado de Mato Grosso

26ª Promotoria de Justiça Cível de Cuiabá

Parecer Técnico-Jurídico

Assunto: Representação pela Inconstitucionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal, que tratam das chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, em razão de suas incompatibilidades normativas em face das fundamentais diretrizes constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

EXMO. SR. DR. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA,

Após um aprofundado estudo sobre as disposições dos artigos 181 e 182 do Código Penal, que abordam as chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, este membro do Ministério Público identifica possíveis incompatibilidades normativas em relação às diretrizes fundamentais constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

No exercício das funções conferidas pela Portaria n.º 108/2024-PGJ, apresenta-se este parecer Técnico-Jurídico com o intuito de fundamentar uma representação junto à Procuradoria-Geral da República e à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. O objetivo é subsidiar a propositura da competente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando assegurar a consonância das normas em questão com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais pertinentes à proteção das vítimas de violência doméstica.

Na realidade, o tema foi abordado em uma substanciosa tese institucional aprovada durante o XXV Congresso Nacional do Ministério Público, promovido pela CONAMP em Salvador, no mês de novembro de 2023. O trabalho, intitulado “Inconvencionalidade das Imunidades Patrimoniais no Âmbito da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, contou não apenas com a contribuição deste promotor de justiça, mas também com a participação do colega Thiago Pierobom de Ávila.

A presente tese parte da constatação inquestionável de que as imunidades patrimoniais delineadas nos artigos 181 e 182 do Código Penal se encontram em clara antinomia com a política de salvaguarda das mulheres que padecem de violência doméstica e familiar. Este descompasso é exacerbado quando examinado sob a ótica dos instrumentos internacionais que regulam tal matéria, o que motiva a caracterização das referidas disposições legais brasileiras como manifestamente inconformes com as normas convencionais.

Com efeito, para além de restabelecer a coerência do arcabouço protetivo atribuído a tais vítimas, uma possível Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode garantir a aplicabilidade da chamada violência patrimonial, reconhecida de maneira explícita como modalidade de violência doméstica e familiar direcionada às mulheres (Lei 11.340/2006, art. 7º, IV), mas que, não obstante a sua previsão legal, ainda carece de enfrentamento penal eficaz.

A importância da tese é acentuada quando consideramos o vertiginoso aumento do denominado “estelionato sentimental”, modalidade de crime em que indivíduos de índole inescrupulosa, após estabelecerem laços emocionais com vítimas específicas e explorando suas vulnerabilidades, apropriam-se dos seus bens ou, através de artifícios fraudulentos variados, alienam-nos, relegando as vítimas à penúria. As escusas absolutórias, sejam de natureza absoluta ou relativa, erigidas pelo Código Penal, servem de obstáculos insensatos à responsabilização destes agressores.

Assim, urge a propositura de uma ação constitucional que vise analisar a flagrante dissonância das escusas absolutórias patrimoniais previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal com as fundamentais diretrizes da Lei Maria da Penha e com as normas constantes na Constituição Federal e de Tratados Internacionais relacionados aos direitos humanos das mulheres, à luz das teorias feministas sobre o direito penal.

AS IMUNIDADES PENAIS – BREVES CONSIDERAÇÕES

As imunidades penais absolutas correspondem a circunstâncias que levam a que, mesmo diante de um ato tipificado como crime e injusto, não se imponha qualquer pena devido a pretensas razões de interesse público. Também são conhecidas como “casos de imunidade penal absoluta”, “causas de exclusão” ou “causas de isenção de pena”, constituindo assim hipóteses que excluem a punibilidade. Essas imunidades ditas absolutas estão inseridas na parte especial do Código Penal e podem ser observadas nos seguintes termos:

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

No tocante à primeira hipótese da lei, anote-se que a escusa subsiste se ainda perdura a coexistência conjugal, mesmo que os cônjuges se encontrem em situação de separação de fato. Entretanto, no evento em que o ato transgressor seja perpetrado após a formalização do matrimônio ou quando a união marital tenha sido dissolvida por meio de separação judicial, divórcio ou declaração de nulidade matrimonial no momento da ocorrência do delito, deplora-se a inaplicabilidade do privilégio de não sofrer sanção penal.

Essa causa de imunidade revela-se desprendida do regime patrimonial que rege o consórcio conjugal, bem como se aplica indistintamente quando o marido figura como agente em detrimento da esposa, ou vice-versa. Malgrado algumas autoridades doutrinárias sustentem a inaplicabilidade dessa prerrogativa em cenários de união

estável, percebe-se uma preponderância no entendimento que acata a viabilidade da imunização jurídica em tais circunstâncias, considerando a orientação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que veda quaisquer diferenciações entre a união estável e o matrimônio.

Destarte, também prevalece o consenso doutrinário no sentido de que a separação de fato não opera a exclusão da incidência da prerrogativa de escusa absoluta, visto que carece da aptidão para convalidar a dissolução da entidade matrimonial.

A imunidade elencada no inciso II do artigo 181 do Código Penal é delimitada pelo vínculo de parentesco em linha reta, abarcando tanto os ascendentes como os descendentes, independentemente do grau de consanguinidade. Contudo, esta imunização não se estende às relações de parentesco por afinidade, mesmo quando pertencentes à linha reta (a exemplo de genro e sogra, sogro e nora, padrasto e enteado etc.), tampouco se projeta sobre os laços colaterais (tal como tio e sobrinho, primos etc.). Vale ressaltar que irmãos não são abarcados por esta imunidade, caracterizando-se, pois, como um caso de imunidade relativa.

A título de complementação, sobre essas imunidades, vale ressaltar a lição de Renee do Ó Souza, Luiz Fernando Rossi Pipino e Andréa Walmsley¹:

As imunidades são irrenunciáveis e têm natureza jurídica de causas extintivas da punibilidade, semelhantes àquelas do art. 107 do CP.

O rol do art. 181 do CP é taxativo, de modo que as imunidades penais absolutas somente são admitidas apenas para os crimes contra o patrimônio, vedada sua extensão para crimes de outra natureza, ainda que conexos.

O código Penal contempla ainda as chamadas imunidades relativas, que assim estão previstas:

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

- I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
- II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
- III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

As imunidades de natureza relativa, também referidas como processuais, não resultam em isenção de penalidade. Essa prerrogativa, denominada “escusa”, engendra a metamorfose da ação penal pública incondicional em uma ação penal

¹ SOUZA, Renee do Ó; PIPINO, Luiz Fernando Rossi; WALMSLEY, Andréa. Direito penal: parte especial. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 169.

condicionada à instauração mediante a representação da vítima. Com efeito, erige-se por meio desta disposição uma autêntica condição de procedibilidade destinada a orientar a persecução do processo penal.

A primeira hipótese refere-se a transgressão perpetrada em detrimento do cônjuge desquitado ou separado por via judicial. Caso o delito patrimonial seja perpetrado contra o cônjuge durante a manutenção do vínculo matrimonial, o autor se vê agraciado com a isenção de pena (consoante o art. 181, inc. I, do Código Penal). Entretanto, se a infração se concretizar após a desintegração da conjugalidade, em decorrência de separação judicial pré-divórcio, ou mesmo após a decretação cautelar da separação de corpos, a instauração processual será tão somente viabilizada mediante a formalizada representação (nos termos do art. 182, inc. I, do Código Penal).

Por fim, ressalte-se que, caso a perpetração do delito suceda à dissolução do vínculo patrimonial em virtude do divórcio, não mais subsistirá qualquer benefício para o autor infrator.

O inciso II do artigo 182 do Código Penal, por sua vez, abarca as situações em que um crime é perpetrado em detrimento de um irmão, seja ele legítimo ou ilegítimo. A imunidade relativa abarca todas as modalidades de irmãos, reconhecidas na esfera civil, englobando tanto aqueles oriundos da mesma ascendência paterna e materna, denominados irmãos bilaterais ou germanos, quanto os provenientes exclusivamente do mesmo genitor, categorizados como irmãos unilaterais consanguíneos, ou ainda os que compartilham apenas a ascendência materna, conhecidos como irmãos unilaterais uterinos.

No que concerne ao delito perpetrado em prejuízo de um tio ou sobrinho com quem o agente coabita, o inciso III do artigo 182 do Código Penal estabelece a única forma de imunidade no contexto do parentesco colateral. No entanto, a mera relação de parentesco entre tio e sobrinho não é suficiente para acionar tal imunidade. Exige-se, ademais, a circunstância da coabitação entre ambos. Nesse âmbito, prescinde-se do vínculo íntimo entre tio e sobrinho, sendo aferido o critério objetivo da convivência em comum.

Ressalte-se que a escusa absolutória encontra aplicação exclusiva nos crimes voltados ao patrimônio, devendo ser cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça. Recomenda-se a análise da íntegra do artigo 183 do Código Penal para esclarecimento pleno:

Artigo 183. O disposto nos dois artigos anteriores não se aplica:

- I - nos casos de crimes de roubo ou extorsão, ou, de forma geral, quando há emprego de grave ameaça ou violência real à pessoa;
- II - ao estranho que se envolve no delito (visto que a imunidade absolutória é circunstância insuscetível de transferência);

III - nos casos de delitos praticados contra indivíduos de idade igual ou superior a 60 anos.

As imunidades penais (absolutas ou relativas) têm o efeito prático de, uma vez verificadas no caso concreto, impedir a autoridade policial de proceder com a instauração do inquérito policial para apurar o suposto crime patrimonial, haja vista a ausência de interesse que justifique o início do processo penal em relação a um acontecimento que o Estado não está habilitado a punir. Da mesma forma, na hipótese de inquérito policial instaurado e concluído, caberá ao Ministério Público requerer o arquivamento do procedimento, sob pena de o magistrado determinar a rejeição da denúncia, tendo em vista a ausência das condições essenciais para o exercício da ação penal.

Essas imunidades penais, concebidas em um contexto social divergente do presente, baseiam-se na premissa de que infrações patrimoniais eventualmente perpetradas no âmbito familiar não devem justificar a atuação das instituições de controle. A propósito, colhe-se na doutrina clássica brasileira:

“Por motivos de ordem política, ou seja, em obsequium ao interesse de solidariedade e harmonia no círculo da família, as legislações em geral declaram absoluta ou relativamente impuníveis os crimes patrimoniais quando praticados, *sine vi aut minis*, entre cônjuges ou parentes próximos. Já o direito romano, fundado no princípio, então vigente, da copropriedade familiar, decidia pelo descabimento da *actio furti* quando o *fur* era filho ou cônjuge do lesado. Com a abolição de tal princípio, na ulterior evolução jurídica, devia ter desaparecido a excepcional imunidade penal, mas um outro argumento passou a justificar a persistência desta: a conveniência de evitar ensejo à cizânia, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo lesivo de sua honorabilidade (toda família se empenha em encobrir a má conduta de suas ovelhas negras) não deve ser sacrificado ao interesse de incondicional punição dos crimes lesivos do patrimônio, sempre e exclusivamente tais”.²

No entanto, esta opção político-criminal experimenta um esvaziamento substancial nos moldes contemporâneos, à medida que as dinâmicas criminais e sociais evoluíram de maneira a justificar a persecução penal de ilícitos praticados em meio às relações de parentescos.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal*. v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 316-317.

A VIOLÊNCIA PATRIMONIAL COMO FORMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Seguindo a disposição contida no artigo 7º, inciso IV, da Lei nº 11.340/06, a violência patrimonial emerge como uma manifestação significativa no âmbito da violência doméstica e familiar direcionada à mulher. Eis a formulação normativa:

Artigo 7º: Configuram-se como modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência patrimonial, consistindo em toda conduta que configure retenção, subtração, ocasionamento de dano parcial ou integral de objetos, instrumentos de trabalho, documentos de cunho pessoal, ativos, valores e direitos ou recursos de natureza econômica, incluindo os destinados a suprir suas necessidades.

O fulcro da presente tipologia de violência reside na esfera econômico-patrimonial, não carecendo da presença concomitante de agressão física ou corporal. Em verdade, esta variante se configura mesmo nas circunstâncias em que os delitos de natureza patrimonial são perpetrados sem a utilização de *vis corporalis* ou ameaça gravosa (a exemplo do furto, furto de res nullius, apropriação indébita, estelionato).

Convém observar que se delinea, por conseguinte, uma franco desacordo entre a estipulação legal ora abordada e as disposições das imunidades penais discutidas na seção anterior. Esta disparidade torna-se ainda mais proeminente tendo em vista que, nos exatos termos do artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher não somente ampara-se em ações ou omissões lastreadas no gênero, mas também abrange situações que resultam em óbito, danos físicos, sofrimento psicológico, sexual ou físico, bem como prejuízo moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Estas disposições consagram de maneira ainda mais inequívoca a incongruência entre as normas aludidas. Tal discernimento emerge pelo fato de que qualquer indivíduo, seja ele cônjuge, coabitante, ascendente ou descendente, ex-cônjuge ou ex-coabitante, irmão, tio ou sobrinho, que partilhe ou não o mesmo teto com uma mulher e, mediante ações pautadas no gênero, perpetre atos que resultem em sua morte, lesões, padecimentos físicos, sexuais ou psicológicos, *assim como prejuízos morais ou patrimoniais*, encarna a prática de violência doméstica e familiar regida pela Lei 11.340/2006.

A PREVALÊNCIA HIERÁRQUICA DA LEI 11.340/2006 SOBRE O CÓDIGO PENAL E O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE

A incongruência entre os artigos 181 e 182 do Código Penal, em relação às disposições da Lei 11.340/2006, não se limita meramente a um conflito normativo no decorrer do tempo. Ao contrário, tais dispositivos desta legislação devem ser escrutinados em benefício daquele que merece a tutela mais resguardada do legislador, a saber, a mulher vítima de violência no âmbito das relações domésticas, familiares ou íntimas de afeto. Nesse contexto, o artigo 4º dessa lei expressamente determina que *“No processo de interpretação desta Lei, serão considerados os objetivos sociais aos quais ela se destina e, sobretudo, as circunstâncias peculiares das mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e familiar”*.

Em consonância com essa disposição, o artigo 6º da Lei 11.340/2006 proclama de forma inequívoca que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das manifestações de violação dos direitos humanos, resultando assim na necessidade de uma análise à luz da Carta Magna brasileira e das Convenções que regem o tema.

Neste ponto, é imperativo lembrar o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4424/DF, onde, mediante o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, ficou elucidado que “[a] Lei Maria da Penha não pode ser interpretada de forma desassociada da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo que esses últimos constituem normas de caráter supralegal capazes de nortear a interpretação da legislação ordinária.”³

Esse mencionado julgamento, por conseguinte, fornece um notável parâmetro normativo para nossa tese.

Como ponto de partida, deve ser levado em conta a análise do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que revela um compromisso do Estado em garantir assistência à família, considerando cada um de seus membros como sujeitos de direitos. Este dispositivo constitucional não apenas reconhece a importância da instituição familiar, mas também estabelece a responsabilidade estatal em criar mecanismos que atuem na prevenção e coibição da violência no contexto das relações familiares.

³ STF, ADI 4424/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, DJe 01.08.2014.

Ao considerar essa disposição como uma norma de natureza dirigente, percebemos sua relevância não apenas como um princípio constitucional, mas também como uma orientação fundamental na interpretação jurídica. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica deve ser norteadada, proativamente, pela necessidade de coibir efetivamente a violência doméstica e familiar, alinhando-se ao propósito constitucional de proteção à integridade e dignidade dos membros familiares.

Dessarte, impera a necessidade de extrair do § 8º do art. 226 uma exegese profundamente protetiva, de cunho imprescindível para edificar uma sociedade que cultue a salvaguarda da instituição familiar e a abolição peremptória da violência no seio doméstico, sentido incompatível com as previsões delineadas nos artigos 181 e 182 do Código Penal.

Há ainda diversas normas de hierarquia convencional que estabelecem um dever de não tolerância às violências praticadas contra as mulheres, e um dever de devida diligência da punição por estas violências.

Nesse sentido é o que consta da Convenção de Belém do Pará (CPB), incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto n. 1973/1996, em seu art. 7º, conferir:

Art. 7º Os Estados Partes condenam *todas as formas de violência* contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna *normas penais*, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, *punir* e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou *danifique sua propriedade;*

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para *modificar ou abolir leis* e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias *que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;*

- f) estabelecer *procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher* sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e *efetivo acesso a tais processos*;
- g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha *efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação* justos e eficazes;
- h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.(grifos nossos)

Verifica-se que o *caput* do art. 7º estabelece que são condenadas todas as formas de violência contra a mulher. A alínea “b” estabelece o dever de devido zelo para punir a violência contra a mulher e a alínea “c” esclarece que esse dever abrange a atualização de sentido das normas penais. A alínea “d” esclarece que as medidas de proteção à mulher abrangem a proteção à propriedade. A alínea “e” indica o dever de modificar ou abolir as normas jurídicas que estabelecem uma tolerância à violência contra a mulher. A alínea “f” consagra o direito de acesso à justiça pelas mulheres, inclusive na seara criminal. E a alínea “g” indica o dever de proteção patrimonial às mulheres após uma violência, com a restituição, reparação e compensação. A avaliação destas normas em seu conjunto leva à conclusão inexorável de que se um parceiro íntimo ou um familiar pratica uma violência patrimonial contra a mulher, ainda que sem violência à pessoa ou grave ameaça, como é o caso do furto, estelionato ou dano, viola diretamente a convenção uma norma penal que venha isentar de responsabilidade o agressor nesse contexto. Viola claramente o “direito a igual proteção perante a lei e da lei” (CPB, art. 4º, alínea “f”) a situação de haver crime se um desconhecido praticar um estelionato contra a mulher, mas excluir a responsabilidade criminal se o companheiro praticar o mesmo golpe contra a mulher, inclusive abusando da relação de confiança derivada da relação afetiva.

No âmbito do sistema ONU, existe a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4377/2002. No âmbito desta convenção há previsão de criação de um comitê de monitoramento, denominado Comitê CEDAW. Este comitê tem editado diversas Recomendações, que realizam uma interpretação autêntica da extensão dos deveres dos Estados na efetiva implementação das normas convencionais. Destacam-se duas recomendações de relevo para a presente tese, conferir:

Recomendação n. 33/2015

47. As leis penais são particularmente importantes para garantir que as mulheres possam exercer seus direitos humanos, incluindo seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade. Os Estados partes estão obrigados, em virtude dos artigos 2 e 15 da Convenção,

a assegurar que as mulheres tenham acesso a proteção e remédios oferecidos através do direito penal, e que elas não sejam expostas à discriminação no contexto desses mecanismos, seja como vítimas ou autoras de atos criminosos. Alguns códigos ou leis penais e/ou códigos de processo penal discriminam as mulheres: [...] c) *ao falhar em criminalizar ou em agir com a devida diligência para prevenir e prover reparação a crimes que afetam desproporcionalmente ou apenas as mulheres [...]*.

51. O Comitê recomenda que os Estados partes:

a) Exerçam a devida diligência para prevenir, investigar, punir e prover reparação a todos os crimes cometidos contra mulheres, sejam por atores estatais ou não estatais;

[...]

i) Aprimorem a resposta de sua justiça penal à violência doméstica [...]

Recomendação n. 35/2017

26. As obrigações gerais descritas nos parágrafos acima englobam todas as áreas de ação do Estado, incluindo o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, no nível federal, nacional, subnacional, local e descentralizado, assim como atividades sob autoridade governamental realizadas por serviços privatizados. Elas exigem a formulação de normas legais, inclusive em nível constitucional, e o desenho de políticas públicas, programas, quadros institucionais e mecanismos de monitoramento, visando à eliminação de todas as formas de violência de gênero contra as mulheres, sejam elas praticadas por atores estatais ou não estatais. Elas também exigem, de acordo com os artigos 2, "f", e 5, "a" da Convenção, a adoção e implementação de medidas para erradicar preconceitos, estereótipos e práticas, que são a principal causa da violência de gênero contra as mulheres. Em termos gerais, e sem prejuízo das recomendações específicas fornecidas na seção a seguir, essas obrigações incluem:

Nível legislativo

a) de acordo com o artigo 2, "b", "c", "e", "f" e "g", e com o artigo 5, "a", *os Estados devem adotar legislação que proíba todas as formas de violência de gênero contra as mulheres e meninas, harmonizando o Direito interno com a Convenção*. Essa legislação deve conter

disposições sensíveis à idade e ao gênero e proteção legal efetiva, incluindo sanções aos praticantes dos atos e reparações a vítimas/sobreviventes. A Convenção também exige a harmonização aos seus padrões de todas as normas existentes no sistema de justiça religioso, no consuetudinário, no indígena e no comunitário, assim como *a revogação de todas as leis que constituam discriminação contra as mulheres, incluindo aquelas que causem, promovam ou justifiquem a violência de gênero ou perpetuem a impunidade por esses atos*. Essas normas podem ser parte de leis estatutárias, consuetudinárias, religiosas, indígenas ou de direito comum, constitucional, civil, de família, *criminal* ou administrativo, leis probatórias e processuais, tais como as disposições baseadas em atitudes ou práticas discriminatórias ou estereotipadas *que permitam a violência de gênero contra mulheres ou mitiguem condenações nesse contexto*.

Por estas diretrizes do Comitê CEDAW, verifica-se que permitir a violência patrimonial contra as mulheres ou mitigar sua responsabilidade quando praticada no contexto de violência doméstica e familiar é claramente uma prática preconceituosa, portanto inválida, inconstitucional e inconveniente.

Ora, segundo o art. 5º, § 3º, da CF/1988, as normas de direito internacional dos direitos humanos possuem estatura de norma constitucional razão pela qual o STF possui precedentes (que remontam ao julgamento do RE 466.343, em 2008, sobre o Pacto de São José da Costa Rica), de que mesmo antes do advento da EC n. 45/2003, os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma hierarquia normativa de supralegalidade. Portanto, a eventual incompatibilidade das normas legais com tratados internacionais de direitos humanos gera a sua invalidade jurídica, o que se denominou como “controle de convencionalidade”.

Relembre-se que cada vez mais o controle de convencionalidade no âmbito interamericano é vinculante para as instituições do sistema de justiça brasileiro, conforme a Recomendação n. 93/2023 do CNMP e Recomendação n. 123/2022 do CNJ.

A aferição da inconveniência é, ademais, norteadas pelos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que nos conduz, dada a pertinência intrínseca ao tema em análise, ao paradigmático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Este último consagrou a premissa de que, quando o aparato estatal se comporta de maneira a permitir a impunidade da violação e a privar a vítima da plena restauração de seus direitos, “pode-se afirmar que descumpriu o dever de assegurar o pleno e livre exercício dos direitos das pessoas sob sua jurisdição”.

O controle de convencionalidade emerge como uma significativa apreciação da harmonização entre as normas domésticas e aquelas consagradas nos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, com o propósito inarredável de salvaguardar a integral proteção desses direitos. Este critério hermenêutico deve ser meticulosamente

observado tanto na delineação do sentido de uma norma específica quanto na resolução de eventual conflito normativo, objetivando a coerência e congruência entre os preceitos internos e os compromissos assumidos internacionalmente no âmbito dos direitos fundamentais. André de Carvalho Ramos articula com precisão que:

“[o] controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade das ações internas (comissivas ou omissivas) à luz das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais do direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)”.⁴

Esta proposição de controle de convencionalidade, vale acentuar, harmoniza-se inteiramente com as atribuições do Ministério Público. Conforme defendem Marcelle Faria, Kledson Oliveira e Valério Mazzuoli:

“Como instituição incumbida de preservar a ordem jurídica, salvaguardar o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, não resta dúvida de que é responsabilidade do Ministério Público aplicar de maneira acurada as normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário, tanto no âmbito processual quanto extraprocessual. Esta missão, cujas raízes remontam à promulgação da Constituição de 1988, ainda que subestimada em sua prática, reconstrói o arcabouço do sistema de justiça brasileiro, ao abarcar a “ordem jurídica” como um espaço que abriga não apenas normas internas (Constituição, leis, decretos, regulamentos etc.), mas também normas internacionais provenientes tanto do sistema global (ONU) quanto do sistema regional interamericano (OEA)”.⁵

Relembre-se que a doutrina tem advogado a necessidade de o controle de convencionalidade quanto aos direitos humanos das mulheres alcançar o direito penal e produzir uma “dogmática penal com perspectiva de gênero”.⁶ Nesse sentido, algumas autoras já têm se manifestado quanto à perda de vigência das escusas absolutórias patrimoniais com o advento da Lei Maria da Penha e pelas normas de direito internacional. Nesse sentido, Dias afirma que:

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

⁵ FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 47.

⁶ ÁVILA, Thiago Pierobom de. Dogmática penal com perspectiva de gênero. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Orgs.). *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*. v. II. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 237-271.

Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos artigos 181 e 182 do Código Penal. Não estando mais cancelado o furto nas relações afetivas, cabe a ação penal e a condenação sujeita o réu ao agravamento da pena.⁷

No mesmo sentido, Fernandes argumenta que o art. 183, inciso I, do Código Penal estabelece que não se aplicam as escusas absolutórias “quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa” e, como o art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, definiu a violência patrimonial como uma forma de violência contra a mulher, então essa escusa não mais se aplicaria a forma específica de violência patrimonial.⁸

Especificamente utilizando-se do argumento de controle de convencionalidade, convém mencionar ainda os posicionamentos de Veras e Araújo⁹, Bianchini, Bazzo e Chakian¹⁰, e Heemann¹¹.

Finalmente, cabe registrar que o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, que é de aplicação obrigatória no âmbito do Poder Judiciário, nos termos da Resolução n. 492/2023 do CNJ, estabelece expressamente a necessidade de controle de convencionalidade quanto às escusas absolutórias patrimoniais. Conferir:

b.6. Escusas nos crimes patrimoniais

Na atuação com perspectiva de gênero, pode ser necessário o controle de convencionalidade das causas de isenção de pena e a representação previstas nos arts. 181 e 182 do Código Penal, o que se afirma como base no que dispõe Convenção de Belém do Pará (Controle de Convencionalidade, Parte II, Seção 9 abaixo). Com efeito, a isenção de pena prevista no art. 181 e a representação previstas no Código Penal inviabilizam o reconhecimento da mulher como titular de patrimônio jurídico próprio, dissociado de seu cônjuge ou de outro membro familiar, o que obsta a caracterização

⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica*. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 117.

⁸ FERNANDES, Valéria Díez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023, p. 212.

⁹ VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ARAÚJO, Gabriela Nivolières Soares de Sousa. Controle da Convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (escusas absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES*, Natal, v. 9, n. 2, 2018, p. 37-49.

¹⁰ BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais, feminicídio*. 4ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022, p. 179.

¹¹ HEEMANN, Thimotie Aragon. Escusas absolutórias são incompatíveis com atual estágio do Direito das Mulheres: Uma análise a partir da perspectiva de gênero e do controle de convencionalidade. *Jota*, 21/03/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-dos-grupos-vulneraveis/escusas-absolutorias-incompativeis-com-direito-das-mulheres-21032022>.

da violência patrimonial prevista no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha. Ademais, esta figura foi criada por ocasião da promulgação do Código Penal em 1940, oportunidade em que o regime geral de bens no matrimônio era a comunhão total, diversamente do atual (comunhão parcial), sendo revisitada apenas por ocasião da promulgação do Estatuto do Idoso, que, ademais, exclui os referidos artigos de seu âmbito de aplicação e prevê majorante se configuradas as referidas hipóteses.¹²

O que se evidencia até o momento são elementos suficientes para justificar o controle de constitucionalidade/convencionalidade dessas disposições penais. Esse controle deve seguir as premissas para a construção de um modelo rigoroso, baseado em níveis de intensidade, conforme destacado no relevante julgamento do STF no *HABEAS CORPUS* 102.087. Nesse precedente, foi consagrado um modelo específico para o controle material de constitucionalidade das leis penais:

(...)

Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*);

c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Überrassungsverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Unterrassungsverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Afigura-se, de pronto, a suficiência para empreender o controle de evidência, primeiro estágio no controle de constitucionalidade das leis penais. As disposições

¹² BRASIL. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Brasília: CNJ, 2021, p. 93.

contidas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, como corrobora a exposição anterior, revelam-se manifestamente inadequadas aos propósitos da política criminal voltada à salvaguarda das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Ademais, perfilham-se de maneira plena os requisitos do segundo nível, conhecido como controle de sustentabilidade ou justificabilidade. Este visa averiguar a fundamentação legislativa que respalda a norma promulgada, conferindo-lhe sustentabilidade social e, notadamente, aptidão para abordar a problemática subjacente à norma. Nesse ínterim, apesar de as disposições legais impugnadas nesta ADPF terem auferido certa aceitabilidade social na época da promulgação do Código Penal, a evolução no combate à violência doméstica contra a mulher nos dias hodiernos, aliada aos índices endêmicos associados a esses delitos, indicam inequivocamente que tais normas não subsistem mais. Em relação a este segundo patamar, torna-se imperativo adentrar no estudo aduzido na tese.

Por derradeiro, evidenciam-se, outrossim, os elementos concernentes ao terceiro nível, correspondente ao controle material intensivo, aplicável a intervenções legislativas que afetam os direitos fundamentais de modo excessivo ou deficitário. Nesse contexto, com o escopo de demonstrar que as imunidades penais constituem obstáculos desproporcionais aos desígnios estabelecidos pela política criminal no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, torna-se imprescindível cotejar a pesquisa contida na seção subsequente desta ação. A conclusão que o referido estudo nos autoriza alcançar é que, por este adicional motivo, tais disposições devem ser reconhecidas como inconstitucionais e inconvenções.

IMPACTO REAL DA TESE

A presente tese possui um substrato fático importante: a comprovação de que as imunidades penais são desastrosas para o enfrentamento dos crimes patrimoniais praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Uma pesquisa de natureza inédita, conduzida pelo Núcleo de Gênero do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), delineou o contorno dos delitos de “estelionato amoroso” perpetrados no âmbito da violência doméstica e de gênero mediante análise documental quanti-qualitativa de 39 procedimentos investigativos e judiciais relacionados ao estelionato sentimental.¹³ Utilizou-se o recorte temático de inquéritos policiais registrados com a incidência concomitante do crime de estelionato (CP, art. 171) e da LMP, no recorte geográfico do DF, com o recorte temporal de Ocorrência Policial registrada nos anos de 2019 e 2020. Solicitou-se informações à Polícia Civil do DF, com fundamento na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), sendo a resposta recebida em 15/02/2023.

¹³ O estudo foi objeto de um primoroso trabalho remetido para importante revista científica, referenciado como: ÁVILA, Thiago Pierobom de; GRANJA, Gabriel Santana. O golpe de Don Juan: análise da fenomenologia e das respostas da justiça ao estelionato sentimental. Revista Opinião Jurídica, [no prelo].

Anote-se que o estelionato amoroso se erige nas circunstâncias em que o ardiloso, de forma oportunista, se vale de um vínculo de afeto para auferir ganhos de ordem financeira e patrimonial. A elementar da intenção de iludir a vítima, conjugada a uma situação de exploração, emerge como requisito *sine qua non* para a configuração da infração.

O estratagema se delinea por meio de uma ou mais dentre as circunstâncias adiante descritas: o parceiro conduz a vítima a delegar-lhe o gerenciamento de seus haveres; ele solicita vultosas quantias em dinheiro mediante alegadas urgências fictícias; ele lhe oferta ilusórias oportunidades de empreendimento aparentemente vantajosas. Em todas essas instâncias, busca persuadir a mulher de ser o consorte ideal, podendo inclusive adotar uma falsa identidade, assumindo a persona de um profissional triunfante.

O desfecho da análise revela-se desanimador. No âmbito desta tese específica, constata-se que apenas 23% das ocorrências registradas resultaram em oferecimento de denúncia. Destaca-se que, predominantemente, o motivo de arquivamento foi a insuficiência de provas (87,5%). Contudo, em 29,2% dos casos, ocorreu o arquivamento por ausência de representação inicial ou sua retratação. Nestas instâncias, a mulher justificou a posterior falta de interesse no processo, alegando que o ofensor não persistiu em sua conduta (57,2%) ou em virtude do ressarcimento do prejuízo por parte do agressor (42,8%).

É digno de nota que 20,8% dos arquivamentos foram fundamentados na aplicação da escusa absolutória, reconhecendo a inexistência de sanção ao delito patrimonial cometido pelo cônjuge durante a vigência do relacionamento, conforme preceituado no art. 181, inciso I, do Código Penal.

Nos cinco casos em que a escusa absolutória foi invocada, o vínculo entre as partes se estabeleceu como namorado, companheiro e ex-companheiro.¹⁴

Estes números reforçam a urgência de assegurar respostas eficazes às cidadãs brasileiras nesse domínio delitivo. A análise realizada até o momento destaca não apenas a importância da prontidão da vítima para a tomada de providências, mas também a necessidade de afastar interpretações jurídicas que, de maneira discriminatória, obstem a devida persecução penal das mulheres. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade e convencionalidade emerge como imperativo,

¹⁴ Eis o resultado do estudo: Há um perfil específico de mulheres vitimadas: brancas (53,8%), de meia idade (maioria entre 25 e 44 anos), moradoras de bairros de classe média-alta ou alta (61,9%), com renda econômica acima de 3 salários mínimos (59%) e profissões estabelecidas. 38,5% dos ofensores eram habituais, com outras ocorrências policiais registradas. Em 35,9% a relação tinha até 6 meses. Em 5,1% o crime foi integralmente praticado pela internet e em 20,5% iniciou-se pela internet. Verificou-se três gêneros de golpes: induzir a vítima a entregar bens (48,7%), gerência abusiva do patrimônio (66,7%) e falsificações (23,1%). As estratégias foram o abuso da relação afetiva (41%), a falsa identidade (35,9%), medo (35,9%), simulação de emergência (30,7%), exigência de cuidado (25,6%) e falsa oportunidade (15,4%). O valor dos golpes soma a quantia de 2,7 milhões de reais, com mediana de 10 mil reais. Em 20,5% houve concurso com ameaças. Em 23,1% houve exclusão de aplicação da Lei Maria da Penha. Houve pouca proteção pessoal (33,3%) ou patrimonial (7,7%). Em 23,1% houve denúncia e, em 10,3%, condenação à pena média de um ano e meio.

visando tutelar o patrimônio da mulher vítima de violência doméstica e assim garantir a observância das normativas internacionais de Direitos Humanos e, por conseguinte, o respeito integral aos direitos das mulheres no processo penal.

Na conclusão, diante da violação aos preceitos fundamentais mencionados, torna-se imperativo adotar uma interpretação conforme a Constituição Federal e as Convenções Internacionais que abordam o combate à violência doméstica contra a mulher. Essa abordagem visa reconhecer que os artigos 181 e 182 do Código Penal, que regulamentam as imunidades patrimoniais absolutas e relativas, não são aplicáveis no contexto da Lei Maria da Penha. Isso se justifica pelo fato de que a violência patrimonial contra a mulher constitui uma forma de violência contra a pessoa, tornando-se uma exceção às escusas absolutórias (Código Penal, art. 183, inciso I).

Diante do exposto, apresentamos, por meio desta, uma REPRESENTAÇÃO com o intuito de eventualmente propor uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental perante a Procuradoria-Geral da República e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. O objetivo é submeter os artigos 181 e 182 do Código Penal, que versam sobre as chamadas imunidades patrimoniais absolutas e relativas, a um escrutínio de constitucionalidade e convencionalidade no âmbito do “controle concentrado”. Tal medida se justifica em virtude de suas incompatibilidades normativas com as diretrizes fundamentais constitucionais e convencionais internacionais relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica.

É o parecer.

Cuiabá, 22 de fevereiro de 2024.

RENEE DO Ó SOUZA

Promotor de Justiça

Legitimidade de municípios brasileiros para litigar como autores em ações privadas ajuizadas em foros estrangeiros

Área do direito: Internacional. Constitucional.

Resumo

O parecer comprova a possibilidade de municípios brasileiros ajuizarem ações em tribunais estrangeiros para o fim de ressarcimento de prejuízos causados em seus territórios por atos de empresas estrangeiras. O parecer conclui ser possível o ajuizamento, *sponto próprio*, dos municípios de ações em foros de Estados estrangeiros sem necessidade de representação da União Federal ou do Senado Federal, por se tratar de questões privadas municipais afetas ao *jure gestionis*.

Abstract

The opinion proves the possibility of Brazilian municipalities filing lawsuits in foreign courts in order to compensate for losses caused in their territories by acts of foreign companies. The opinion concludes that it is possible for municipalities to file lawsuits in forums of foreign States without the need for representation from the Federal Union or the Federal Senate, as these are private municipal issues related to jure gestionis.

Palavras-chave: Municípios. Litígios privados, Tribunais Estrangeiros. Soberania Nacional. Autonomia Municipal.

Keywords: *Municipalities. Private litigation. Foreign courts. National sovereignty. Municipal autonomy.*

PARECER

1. Honra-me o Consórcio Público de Defesa e Revitalização do Rio Doce – CORIDOCE (doravante, “Consulente”) com pedido de consulta para o fim de ver esclarecida a possibilidade jurídica de Municípios brasileiros ajuizarem ações contra empresas privadas estrangeiras perante tribunais estrangeiros, como meio de se recompor financeiramente pelos gravíssimos prejuízos socioambientais sofridos por atos dessas empresas em seus territórios.

2. Narra o Consulente que o Instituto Brasileiro de Mineração (“IBRAM”) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (“STF”) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 1178, com o fim de impedir que Municípios

brasileiros litiguem, *sponte sua*, perante cortes estrangeiras na defesa de seus interesses particulares, por entender violados os preceitos da Constituição Federal de 1988 que regem, *inter alia*, a soberania nacional, o pacto federativo, a organização e as competências atribuídas ao Poder Judiciário brasileiro e as regras e os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, sobretudo a municipal.

3. Informa o Consulente que dezenas de Municípios brasileiros dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo contrataram escritórios de advocacia em países estrangeiros e ajuizaram ações na Inglaterra, Holanda, Alemanha e Estados Unidos, para o fim de serem indenizados pelos trágicos e irremediáveis danos socioambientais causados em razão do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, no Estado de Minas Gerais, nos anos de 2015 e 2019, respectivamente.

4. Para o fim de esclarecer o tema perante o STF, por meio de atuação como *amicus curiae*, formula-me o Consulente os seguintes quesitos, que pretende ver respondidos:

- Aplica-se a teoria da imunidade de jurisdição aos entes municipais que pretendem ajuizar ações contra entidades privadas estrangeiras perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro?
- Há necessidade de representação da União Federal para que um Município brasileiro ajuíze ação perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro?
- O ajuizamento de ações no exterior por Municípios brasileiros caracteriza-se como operações externas de natureza financeira, a que alude o Artigo 52, V, da Constituição Federal?
- Viola a soberania brasileira o fato de Municípios brasileiros litigarem perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro contra empresas privadas estrangeiras?
- Quais os potenciais efeitos de uma decisão do STF ordenando que os Municípios suspendam os processos que atualmente tramitam nas cortes da Inglaterra e País de Gales, em que a jurisdição dessas cortes já foi confirmada?

5. Nas páginas que seguem, passarei à análise jurídica de todos os quesitos formulados, para o fim de respondê-los separadamente e com fundamento nas normas jurídicas brasileiras atualmente em vigor, nas regras conhecidas do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, bem assim na melhor doutrina e, também, na jurisprudência nacional e das cortes internacionais, em especial da Corte Internacional de Justiça ("CIJ").

QUANTO AO QUESITO Nº 1

Aplica-se a teoria da imunidade de jurisdição aos entes municipais que pretendem ajuizar ações contra entidades privadas estrangeiras perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro?

6. A imunidade de jurisdição do Estado é medida destinada a impedir que entes estatais sejam demandados, processados e condenados perante a jurisdição civil ou administrativa de Estado estrangeiro, como exceção ao princípio da aplicabilidade geral da lei processual no território do Estado, segundo a conhecida regra costumeira *par in parem non habet iudicium*, é dizer, segundo a qual *entre iguais não há jurisdição*.¹

7. A imunidade de jurisdição é, portanto, um *benefício* do Estado, que o protege de ações intentadas contra si perante instâncias (judiciais ou administrativas) estrangeiras, dada a igualdade jurídica que todos os Estados têm perante a ordem internacional e o respeito mútuo que devem ter uns em relação aos outros.

8. Referida teoria não se aplica, evidentemente, para o caso de entes nacionais que demandam, no exterior, questões privadas relativas a seus legítimos interesses, agindo em seu *absoluto favor*, a título de gestão de interesses particulares, não sendo o caso de *submissão* do ente nacional à ação proposta por outro Estado soberano em relação a si, perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro.

9. Nesse sentido, como bem anotou Guido Fernando Silva Soares, as imunidades de jurisdição são “concebidas como situações privilegiadas, cuja finalidade seria *não impedir o exercício de uma função ou de um serviço*, em favor de representantes de Estados estrangeiros” [grifo nosso].² Isto é, conforme a melhor doutrina, as imunidades de jurisdição devem ser utilizadas sempre *em favor* do ente interessado, jamais em seu desfavor e, ainda mais, para embaraçar o exercício de um direito particular seu.

10. O autor da ADPF 1178 junta à sua inicial parecer de Nadia de Araujo, que, entre outros argumentos, aduz “*que o ato de buscar reparação em foro estrangeiro não pode ser adotado por ente federativo em nome próprio, porquanto representa renúncia à prerrogativa da imunidade de jurisdição, de titularidade do Estado soberano*”.³ Sobre a imunidade de jurisdição, a mesma parecerista continua afirmando que: “*Contudo, ainda que possível a renúncia, convém notar que a prerrogativa da imunidade decorre da soberania. Portanto, a decisão de afastá-la em um caso concreto deve ser tomada pelo seu titular que, exercendo soberania, dela pode dispor: o Estado. Uma tal decisão deve, ainda, ser necessariamente manifestada pela pessoa jurídica de direito interno a qual tenha sido atribuída competência para representar o Estado no exterior. No caso do Brasil, essa pessoa é a União*”.⁴

¹ A propósito, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1-3.

² SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas relações internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 198.

³ Parecer de Nadia de Araujo, p. 24.

⁴ Idem, p. 26.

11. O autor da ADPF também junta aos autos parecer, no mesmo sentido, de Ellen Gracie Northfleet, para quem “[o]s Municípios brasileiros, enquanto entes parciais, possuem autonomia, mas não soberania, de modo que, na ordem jurídica internacional, somente a União poderia, em representação da República Federativa do Brasil, renunciar parcela da soberania nacional sujeitando-se ao Poder Judiciário de um outro Estado soberano”, complementando que “[a]o optarem por se submeter à jurisdição estrangeira, os Municípios usurpam competência privativa da União (arts. 21, I e 84, VII da CF) e abdicam, sem autorização constitucional, da garantia da imunidade de jurisdição”.⁵

12. Por derradeiro, o autor da ADPF junta aos autos terceiro parecer, de autoria de Daniel Sarmento, também alinhado aos pareceres de Nadia de Araujo e Ellen Gracie Northfleet, em que defende que “[o]s entes subnacionais, embora se beneficiem da imunidade por serem parte indissolúvel da Federação, jamais podem renunciar a ela, porque sequer detêm personalidade jurídica de direito internacional”, concluindo que “quando ajuízam ações em foro estrangeiro, os municípios iniciam uma relação internacional, na qual se submetem voluntariamente à soberania de outro país, renunciando de modo indevido à imunidade de jurisdição titularizada pelo Estado Federal como um todo, e que só pode ser objeto de abdicação pela União Federal, nos casos em que esta for admissível”.⁶

13. Inicialmente, destaque-se ser conhecida a tese de que os Estados-federados, o Distrito Federal e os Municípios não detêm personalidade jurídica de Direito Internacional Público, por serem subordinados à autoridade central representada pela União, que manifesta a voz do Estado em nome da República Federativa do Brasil nas relações exteriores do País.⁷ Por essa razão, somente a União pode, *inter alia*, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I), declarar a guerra e celebrar a paz (CF, art. 21, II) e assegurar a defesa nacional (CF, art. 21, III).

14. Tecnicamente, no entanto, sequer a União detém personalidade jurídica de Direito Internacional Público, pois ela apenas *representa* o Estado brasileiro no plano exterior, nas estritas questões autorizadas pelo art. 21 da Constituição Federal. A falta de personalidade jurídica da União no âmbito do Direito Internacional Público resta muito clara, *v.g.*, no que tange à celebração de tratados internacionais, que são acordos firmados com outros sujeitos de Direito das Gentes pela República Federativa do Brasil, é dizer, pelo *Estado brasileiro* na sua condição de pessoa jurídica de Direito Internacional, e não pela União.⁸

⁵ Parecer de Ellen Gracie Northfleet, p. 10.

⁶ Parecer de Daniel Sarmento, p. 45-46.

⁷ A propósito, *v. REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar*. 14 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217, para quem: “Estados federados [aqui se incluem o Distrito Federal e os Municípios], exatamente por admitirem sua subordinação a uma autoridade e a uma ordem jurídica centrais, não têm personalidade jurídica de direito internacional público, faltando-lhes, assim, capacidade para exprimir voz e vontade próprias na cena internacional”.

⁸ Para detalhes sobre a processualística de celebração de tratados no Brasil, *v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 417-463.

15. Daí, em termos técnicos, ser a República Federativa do Brasil, ou seja, o Estado brasileiro, e não a União – que é, assim como os Estados-federados, o Distrito Federal e os Municípios, apenas *um* dos componentes da República – que guarda personalidade jurídica de Direito das Gentes e, portanto, pode celebrar tratados internacionais com outras potências estrangeiras.

16. É exatamente por esse motivo, *v.g.*, que os tratados em matéria tributária podem isentar tributos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não podendo fazê-lo a União, à luz da regra constitucional segundo a qual é vedado à União “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios” (CF, art. 151, III).⁹

17. Nesse exato sentido, em 16 de agosto de 2007, por unanimidade, o Plenário do STF decidiu pelo acerto dessa tese e deu provimento ao RE 229.096/RS, em que a Central Riograndense de Agroinsumos Ltda. questionava acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS que considerou que a Constituição Federal não previu isenção de ICMS para mercadorias importadas de países que compõem o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

18. O Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado por todos os demais Ministros presentes à sessão, votou no mesmo sentido do Relator originário, Ministro Ilmar Galvão, defendendo a tese de que o *Estado Federal* não deve ser confundido com a ordem parcial do que se denomina *União*, deixando claro que é o Estado Federal *total* – ou seja, a República Federativa do Brasil – que mantém relações internacionais com Estados estrangeiros e, por isso, pode estabelecer isenções de tributos não apenas federais, senão também estaduais, distritais e municipais.¹⁰

19. Daí se vê que a manutenção de relações internacionais do Estado brasileiro está afeta, no Direito pátrio, à República Federativa do Brasil, que tem apenas a *representação* da União nas matérias elencadas pelo art. 21 da Constituição Federal, nas quais não sem incluem, *v.g.*, outras questões importantíssimas da vida internacional do Estado, como a celebração de tratados internacionais.

20. Assim, a representação da União relativamente às questões internacionais da República Federativa do Brasil encontra campo *limitado* de atuação, nos termos estritos do que prevê a Constituição Federal no art. 21, não se encontrando ali qualquer inciso que atribua ao ente central o direito exclusivo de representar Municípios em ações judiciais estrangeiras de natureza privada, sem quaisquer liames com questões afetas à soberania brasileira, como, *v.g.*, seriam a manutenção de relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra, a celebração da paz ou a participação em organizações internacionais.

21. No caso que ora nos ocupa, resta claro que o ajuizamento de ações em foros estrangeiros pelos Municípios não é ato afeto às relações exteriores do Brasil e,

⁹ Sobre as isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, *v. MAZZUOLI*, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 338-348.

¹⁰ STF, RE 229.096/RS, Rel. originário Min. Ilmar Galvão, julg. 16.08.2007.

portanto, sequer se cogita do fato de não terem os Municípios personalidade jurídica de Direito Internacional Público, não sendo, em consequência, correto o entendimento de que os atos dessa natureza, levados a cabo pelas municipalidades, seriam atos atinentes às “relações internacionais” do Estado brasileiro, motivo pelo qual também não se cogita de “renúncia” às imunidades do Estado, pela absoluta incoerência que esse raciocínio apresenta.

22. Se estivessem os Municípios pátrios sendo demandados – como *réus*, portanto, e não como *autores* – no exterior por ato de potência estrangeira, neste caso seriam beneficiários das imunidades da República Federativa do Brasil, para fim de não se verem condenados perante jurisdição estranha à brasileira; aqui, as imunidades operariam como de costume, para o fim de proteger o ente nacional de investidas não autorizadas pela regra *par in parem*. Ao revés, as ações privadas propostas por Municípios perante a jurisdição estrangeira, contra empresas privadas estrangeiras, não induzem à manutenção de relações internacionais em nome da República Federativa do Brasil e, portanto, afastam o cabimento de “renúncia” à eventual imunidade.

23. Perceba-se que os pareceristas contratados pelo autor da ADPF 1178 estão a confundir princípios e normas do Direito Internacional Público que não comportam qualquer aplicação a este caso concreto, primeiro, pelo fato de o ajuizamento de ações no exterior não representar a manutenção de “relações internacionais” em nome da República Federativa do Brasil ou qualquer tipo de paradiplomacia municipal, e, segundo, porque a imunidade de jurisdição do Estado – caso pudesse vir a ser aplicada à hipótese, o que não é cabível – não haveria jamais de servir para impedir a ação de entes federativos brasileiros na busca de seus interesses particulares em foros estrangeiros, em litígios contra pessoas jurídicas também de direito privado estrangeiras.

24. As teses expostas na inicial da ADPF e nos pareceres que a acompanham, nota-se, não assimilaram que a imunidade de jurisdição do Estado é medida de *proteção* da soberania brasileira contra ações de *outro* Estado estrangeiro no exercício de seu *jus imperii*, não podendo servir para embaraçar atos de entidades do Estado que atuam *em seu próprio favor* no exterior, contra pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, sem qualquer liame estatal ou prática de atos *jus imperii* no Estado estrangeiro.

25. Note-se que ambos os pareceres acima expostos raciocinam, equivocadamente, da seguinte forma: a União, no afã de representar os Municípios no exterior, em ações privadas em foros estrangeiros, deveria renunciar à imunidade de jurisdição do Estado para poder agir em representação aos Municípios, dado que a imunidade do Estado impediria as municipalidades de vindicar seus legítimos direitos no exterior.

26. No entanto, ali não se leva em conta que o argumento é incongruente com a finalidade da própria imunidade de jurisdição, que representa medida de *proteção* contra ações de *outro* poder soberano em relação ao Brasil ou aos seus entes federativos, jamais impeditivo do direito de ação e do acesso à Justiça em causas de interesses particulares desses mesmos entes, sem qualquer liame estatal *jus imperii*.

27. Fosse, no entanto, levado a cabo o raciocínio pretendido pelo autor da ADPF 1178, no sentido de que seria necessária a renúncia à imunidade do Estado, em nome dos Municípios, para que estes pudessem atuar perante jurisdições estrangeiras, certo é que, *de facto*, já se teria operado a renúncia tácita da União neste caso, dado o silêncio (até o presente momento) do poder central brasileiro relativamente às conhecidas ações que correm no estrangeiro, ajuizadas por Municípios brasileiros com fins indenizatórios.

28. Ora, a verdade é que não há *inversão* da regra da imunidade jurisdicional do Estado para *prejudicar* direitos de entes autônomos integrantes da Nação brasileira, como é o caso dos Municípios, dado ser a regra *par in parem* utilizável apenas para impedir que uma potência estrangeira demande o Brasil sob sua jurisdição, não para embaraçar o direito de ação e de acesso à Justiça de entes subnacionais brasileiros que buscam no exterior ser legitimamente indenizados por danos causados em seus territórios por atos de responsabilidade de empresas privadas estrangeiras, como foi o caso do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

29. Daí a opinião correta da doutrina no sentido de que as imunidades de jurisdição “operam como um limite *de caráter negativo* [jamais *positivo*, é dizer, em *desfavor* do ente interessado] à fixação da jurisdição do Estado, na medida em que estabelecem hipóteses nas quais está excluída a ação dos tribunais estatais estrangeiros” [grifo nosso].¹¹

30. Seria, de fato, um contrassenso utilizar-se da regra da imunidade de jurisdição “às avessas” para impedir que Municípios brasileiros litiguem no estrangeiro na defesa de seus interesses privados, o que também se aplicaria a todos os demais atos de entes subnacionais – como os Estados-federados e o Distrito Federal – nas questões que empreendem junto a soberanias estrangeiras, sobretudo em matéria de cooperação internacional.

31. Nesse sentido, como também anota a doutrina, tem sido crescente, *v.g.*, a quantidade de convênios de cooperação técnica entre Municípios e Estados-federados brasileiros e contrapartes estatais estrangeiras para implementar políticas públicas de proteção ambiental tendo por base tratados ou documentos internacionais – como o Protocolo de Kyoto (1997), em relação ao aquecimento global, ou a *Agenda 21*, em relação ao desenvolvimento sustentável.¹²

32. Em outros âmbitos, a atuação internacional dos Municípios também tem avançado crescentemente, como demonstra a Confederação Nacional de Municípios (“CNM”): em 2016, dez Municípios pequenos dos Estados do Rio Grande do Norte e de Pernambuco celebraram as conquistas alcançadas pela implementação do projeto *Municípios Seguros e Livres da Violência contra as Mulheres*, entre elas a aprovação de Leis Municipais pela Não Violência contra as Mulheres em quatro deles, iniciativa

¹¹ MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 51.

¹² RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 51, nº 4, Rio de Janeiro, 2008, p. 1020.

possível graças à cooperação firmada entre a CNM e a União Europeia; o Município de Livramento, no Rio Grande do Sul, articulou com a cidade vizinha de Riviera, no Uruguai, para buscar soluções comuns; a cidade do Rio de Janeiro recebeu os Jogos Olímpicos de 2016, atraindo milhares de turistas e olhares a distância de pessoas de todo o mundo; o Município de Monteiro Lobato, em São Paulo, foi apresentar seu projeto *Gestão Eficaz* no Congresso de Cidades Inteligentes no México, demonstrando o quanto o conceito que se fala mundo afora de *smart cities* pode ser aplicado de forma transversal em um Município de 5 mil habitantes e gerar resultados concretos; o Município de Comodoro, no Estado de Mato Grosso, demonstrou a importância de participar no diálogo com sua população para contribuir com a Nova Agenda Urbana Internacional.¹³

33. Todos esses exemplos refletem a profícua participação de Municípios brasileiros no plano internacional, com agendas das mais diversas para o fim de auxiliar tais entes subnacionais em seu desiderato de crescimento e desenvolvimento. Ambos não alcançam ou atingem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, não usurpando quaisquer competências da União.

34. Em razão disso, é firme a doutrina no sentido de não haver imunidade de jurisdição para atos alheios à estatalidade praticados no âmbito de interesses privados de entes subnacionais, como é o caso, *v.g.*, do ajuizamento de ações no exterior para fins recompensatórios por parte de Municípios brasileiros, pois, como bem anotou Guido Fernando Silva Soares, “tem razão o Instituto de Direito Internacional ao sustentar que *os atos privados de um Estado devem estar sujeitos à jurisdição do país em que se realizam*” [grifo nosso].¹⁴

35. Não se trata, aqui, portanto, de atos representativos da soberania brasileira no exterior, tampouco atos de usurpação das competências da União em matéria de Direito Internacional Público, não sendo o caso de ingerência dos Municípios na capacidade da União de representar a República Federativa do Brasil no âmbito das relações internacionais do Estado brasileiro, pelo simples fato de que o ajuizamento de ações no exterior por parte dos Municípios não representa a manutenção de “relações internacionais” da República Federativa do Brasil, que, repita-se, estão afetas à declaração de guerra, à celebração da paz, à nomeação ou recebimento de

¹³ Confederação Nacional de Municípios – CNM. *Atuação internacional de municípios: cooperação e implementação de políticas públicas*. Brasília: CNM, 2016, p. 13. Nesse exato sentido, Tullo Vigevani acrescenta que: “Alguns estados brasileiros têm centros de comércio no exterior, como o escritório do estado de Pernambuco em Lisboa; outros recebem representações de unidades federativas ou regionais de outros países, como é o caso da representação da província Argentina de Entre Rios em Porto Alegre. Todos os governadores brasileiros e muitos prefeitos, assim como secretários de Estado, secretários municipais, dirigentes de empresas públicas estaduais e municipais têm realizado missões no exterior, na área do Mercosul e em países de todos os continentes. Um razoável número de governos estaduais, assim como prefeituras maiores e mesmo médias, criaram secretarias específicas para as relações internacionais, com uma preocupação em comum, evidenciada desde os anos de 1980, a saber, incentivar o comércio exterior, a busca de investimentos, o turismo” (VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: Estados e municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº 62, São Paulo, out. 2006, p. 134).

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 159.

representantes diplomáticos, à celebração de tratados, à participação em organizações internacionais etc.

36. As imunidades à jurisdição do Estado teriam lugar se fossem os Municípios brasileiros *réus* em ações movidas por outrem em jurisdições estrangeiras, não, evidentemente, quando agem na qualidade de *autores* em ações contra pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, caso em que o Poder Judiciário estrangeiro (v.g., do Reino Unido ou do País de Gales) guarda completa legitimidade decisória, impondo lícitamente às partes o seu *decisum* no caso concreto. Daí o acerto da doutrina de Vera Maria Barrera Jatahy, para quem “[o] princípio da imunidade de jurisdição é aquele segundo o qual esta deixa de ser exercida em razão da qualidade do *réu*” [grifo nosso].¹⁵

37. Deve-se, portanto, bem compreender o tema da imunidade de jurisdição do Estado no Direito Internacional Público, à luz das normas internacionais que regulam a matéria, que são, respectivamente, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963.

38. Primeiramente, destaque-se que tanto a Convenção de 1961 quanto a de 1963 não disciplinaram, em quaisquer dispositivos, a imunidade jurisdicional do *próprio Estado* – na sua condição de pessoa jurídica de direito público externo – ou de seus entes internos à jurisdição (civil) de outro Estado, tendo deixado para o costume internacional (com o apoio da doutrina e da jurisprudência) a regulação da matéria através dos anos.

39. O que as Convenções de 1961 e 1963 versaram – além, evidentemente, das imunidades dos *agentes* diplomáticos ou consulares – foi apenas a inviolabilidade e a isenção fiscal de certos *bens* pertencentes ao Estado acreditante, não da imunidade do Estado mesmo; apesar disso, ainda que se aceite a imunidade do Estado como decorrência da norma costumeira que determina a abstenção do exercício do poder de um Estado sobre outro contra a sua vontade, tem-se a conhecida exceção das hipóteses dos *acta jure gestionis*. *Tais exceções possibilitam a participação de entes nacionais perante a jurisdição estrangeira em casos não afetos às relações exteriores do Estado, é dizer, não atinentes às relações diplomáticas do Brasil, situando-se no espectro privado da atuação estrangeira do respectivo ente, tal como agiria um particular em situação congênere.*

40. Nesse sentido, é pacífico o entendimento de que as imunidades de jurisdição devem obedecer à distinção entre “atos de império” (*acta jure imperii*) e “atos de gestão” (*acta jure gestionis*), sendo os primeiros aqueles que o Estado pratica no exercício de seu poder soberano, e os segundos, os realizados pelo Estado em condição de igualdade com os particulares. É dizer, enquanto aqueles são atos de soberania, estes últimos são atos de direitos e interesses privados, a exemplo de quando age o Estado

¹⁵ JATAHY, Vera Maria Barrera. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

na qualidade de comprador ou de vendedor (num contrato comum de compra e venda), em que não se faz presente qualquer questão de índole soberana.

41. Nesse sentido, frise-se que o STF já limitou a teoria da imunidade de jurisdição para causas trabalhistas, como decidido no conhecido acórdão do Caso Genny, contra a Embaixada da República Democrática Alemã, em que assentada a tese de que “[n]ão há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista”, a qual “deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho”.¹⁶

42. Tal significa que a teoria da imunidade de jurisdição, mesmo que fosse aplicada ao caso ora em exame, o que não ocorre, ainda assim encontraria limitações na jurisprudência pacífica do STF, que a exclui para os casos alheios às relações propriamente interestatais. Desse modo, tem-se que, em primeiro plano, não é cabível falar em imunidade para atos privados de entes subnacionais alheios ao âmbito das relações diplomáticas do Brasil e das questões propriamente de Estado; e, de modo secundário, mesmo que tal não fosse aceito, há jurisprudência firme do STF no sentido de excluir a hipótese da imunidade para atos meramente jure gestionis.

43. Portanto, além de não se poder aplicar a teoria da imunidade de jurisdição “às avessas” contra interesses de pessoas jurídicas de direito público interno brasileiras, impedindo-as de litigar no estrangeiro em favor de seus interesses particulares, também a teoria resta inaplicável a todos os demais casos jure gestionis, dado não se tratar de temas afetos à soberania do Estado brasileiro, senão de atos de gestão dos entes federativos na sua conformação corrente.

44. Pontes de Miranda, corretamente, bem lecionou no sentido de não se poder falar em “renúncia” à imunidade de jurisdição relativamente aos atos de gestão, pois só pode haver verdadeira renúncia quando for de império o ato de que se trata, aduzindo que “[a] teoria que marca limite à imunidade jurisdicional quando o Estado procede, no campo de outro Estado, como titular de direito privado desse Estado, é a verdadeira, posto que se tenha de reconhecer que não há, aí, rigorosamente, exceção, porque só se falou de imunidade do Estado como tal”.¹⁷

45. Portanto, ademais de contarem os Municípios com legitimidade para litigar perante foros estrangeiros, certo é que sua atuação se enquadra no conceito de atos de gestão e não de atos de império, dado que a um particular também é permitido o direito de litigar perante tribunais de outros países,¹⁸ não se podendo impedir, assim, os Municípios de atuarem da mesma forma na perseguição das indenizações pretendidas

¹⁶ STF, Apelação Cível nº 9.696-3/SP, Tribunal Pleno, jul. 31.05.1989.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 173. Nesse sentido, cf. também MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 337-338.

¹⁸ A propósito, v. a lição de SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Trad. Marcelo Brandão Cipola (et al.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 526, verbis: “No caso *Kuwait Airways Corporation vs. Iraqi Airways Co.*, Lorde Goff, relator do processo na Câmara dos Lordes, adotou a declaração de princípios de Lorde Wilberforce em Congresso e considerou que ‘o critério definitivo do que constitui um ato *jure imperii*’ é se o ato em questão é pela própria natureza um ato de governo, em contraposição a um ato que qualquer particular possa praticar”.

pelos graves prejuízos socioambientais causados em seus territórios por atos de empresas estrangeiras, razão pela qual também não se cogita de qualquer “renúncia” à imunidade do Estado em casos tais.

46. *A teoria da imunidade de jurisdição é somente aplicável – no seu aspecto jus imperii – no que tange ao ajuizamento de uma ação contra determinado Estado soberano perante a jurisdição do foro, caso em que a reconhecida imunidade do ente estatal estrangeiro corta efeitos às decisões condenatórias dos juízes nacionais, se não houver renúncia à imunidade, hipótese diametralmente oposta, como se nota, daquela em que uma pessoa jurídica de direito público interno (v.g., Estado-Federado, Distrito Federal ou Município) litiga perante tribunal estrangeiro para se recompor de prejuízos causados por atos ilícitos de empresas estrangeiras atuantes em seu território.*

47. *Em outras palavras, a imunidade de jurisdição estatal surge quando um Estado estrangeiro (ou suas subdivisões políticas) vê-se demandado – é dizer, está na condição de réu e não de autor – perante tribunal de outro Estado em razão de ilícitos praticados contra o demandante, ou ainda quando, neste último, existe a pretensão de se adotar contra aquele uma medida coativa, como, v.g., a execução de sentença contra os seus bens situados no território do Estado estrangeiro.*

48. A Corte Internacional de Justiça – CIJ, em 3 de fevereiro de 2012, firmou definitivamente o seu posicionamento sobre as imunidades de um Estado à jurisdição de outro, no julgamento do caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente), ocasião em que firmou o entendimento de que as imunidades que um Estado guarda em território de outro são *absolutas* apenas quando se tratar de atos *jure imperii* por aquele praticados.¹⁹

49. Naquele julgamento, a CIJ afirmou que não poderia a Itália proceder a medidas de execução forçada (v.g., arresto, sequestro etc.) contra bens alemães em seu território, ainda que fosse para indenizar vítimas italianas de crimes cometidos pelo *Reich* alemão, aduzindo, ainda, que mesmo supondo que as ações cometidas pelo *Reich* nazista envolvessem graves violações a direitos humanos e ao *jus cogens*, a aplicação das normas internacionais costumeiras sobre imunidades haveria de permanecer intacta.²⁰

50. Ainda que se aplicasse a teoria da imunidade de jurisdição aos Municípios que litigam perante tribunais estrangeiros, o que seria completamente desarrazoado, por não existir imunidade reversa quando o ajuizamento de ações no exterior volta-se a empresas *privadas* estrangeiras e dá-se *em favor* do ente federado e não *contra* os seus interesses, mesmo assim, há que se relembrar a novel jurisprudência do STF sobre o tema, que limita a imunidade de jurisdição dos Estados em casos de violações a direitos humanos, como, não há dúvidas, foi o caso do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

¹⁹ CIJ, caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente), julg. 03.02.2012.

²⁰ Idem, §§ 92-93.

51. Trata-se de conhecer o julgamento do chamado “Caso Changri-lá”, decidido pelo Plenário do STF à luz do Tema 944 da repercussão geral. A partir desse caso, restou alterada, no direito brasileiro, a teoria clássica da imunidade de jurisdição dos Estados, com a retirada de sua eficácia quando em pauta violações a direitos humanos por ato de Estado estrangeiro. Ali se tratava de questão envolvendo um barco pesqueiro brasileiro que foi afundado por submarino alemão nas proximidades de Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, em 1943, assim reconhecido pelo Tribunal Marítimo da Marinha do Brasil, em 2001. Os familiares das vítimas ingressaram na Justiça brasileira requerendo indenização por danos materiais e morais pelo ilícito alemão, tendo a questão, ao final, aportado ao STF, que foi instado a decidir se a imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros deve ceder em casos de violações a direitos humanos, ou se, ao contrário, permanecia absoluta mesmo em tais hipóteses.

52. O relator, Ministro Edson Fachin, entendeu em seu voto que a regra da imunidade há de ser afastada quando colide com questão afeta a direitos humanos, tendo sido acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso. Assim, por maioria, o Plenário do STF entendeu – com eficácia *erga omnes* e vinculante – que a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros *não é absoluta* e deve ceder quando o ilícito praticado pelo Estado viola direitos humanos.

53. O Relator, ademais, deixou claro em seu voto que “ou não há ato de império, ou a imunidade dele decorrente deve ceder diante da preponderância dos direitos humanos (...)”. O Relator, ainda, demonstrou no voto não desconhecer a decisão da CIJ de 3 de fevereiro de 2012, segundo a qual, mesmo em temas afetos a direitos humanos, a imunidade de jurisdição dos Estados continuaria absoluta. No entanto, tal decisão da CIJ – como também destacou o Relator – “não tem eficácia *erga omnes* e vinculante, conforme dispõe o artigo 59 do seu próprio Estatuto: ‘A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão’”.

54. A decisão do STF foi tomada em regime de repercussão geral (Tema 944) e, portanto, conta com efeito *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário.²¹ Ao final, o STF fixou a seguinte tese sobre o tema: “Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição”.²²

55. Portanto, se os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos, dentro do território nacional, não gozam de imunidade de jurisdição, com muito maior razão não há falar-se em “renúncia” à imunidade de jurisdição do Brasil no que tange às ações intentadas na Justiça estrangeira por Municípios brasileiros contra atos de pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, que não guardam qualquer liame com as relações internacionais do Estado brasileiro e não comportam qualquer relação com os atos do Estado *jus imperii*.

²¹ STF, ARE 954.858/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julg. de 13 a 20.08.2021, DJe 23.08.2021.

²² Redação definitiva fixada no julgamento dos Embargos de Declaração no ARE 954.858/RJ, em sessão plenária virtual de 13.05.2022 a 20.05.2022, vencido o Min. Nunes Marques (DJe 27.05.2022).

56. Em outras palavras, se mesmo os Estados soberanos não podem se utilizar da regra da imunidade de jurisdição para escapar a condenações da Justiça de outro Estado quando em causa violações a direitos humanos, certo é que não haveria qualquer razão para se considerar os entes federativos brasileiros albergados por pretensa “imunidade” contra atos de empresas privadas estrangeiras que também violaram direitos de número incontável de cidadãos residentes nos Municípios brasileiros afetados pelo rompimento das barragens.

57. Repita-se que a regra costumeira utilizada para justificar a imunidade de jurisdição do Estado – não encontrada nas Convenções de Viena de 1961 e 1963 – é aquela segundo a qual *par in parem non habet iudicium*, que se traduz na ideia de que nenhum Estado soberano pode ser submetido à Justiça de outro contra a sua vontade.

58. Contudo, se é certo que durante muitos anos o aforismo *par in parem serviu* de base à teoria da imunidade de jurisdição estatal, não é menos certo que a tese da imunidade de jurisdição absoluta (*the King can do no wrong*) passou, desde os tempos mais atuais, notadamente a partir da década de 1970, por uma intensa relativização, e porque não dizer desprestígio, momento a partir do qual deixou de ser pacificamente aceita, tal como demonstra a novel jurisprudência do STF sobre o tema.

59. Tal se deu, notadamente, devido ao aumento das relações entre Estados e particulares, especialmente na seara comercial, a partir de quando se começou a notar que os particulares que negociavam com Estados viam-se em constantes desvantagens, exatamente pela impossibilidade de demandar contra aqueles em dado foro doméstico, mesmo quando o Estado em causa *não agiu* na sua qualidade de ente soberano, atuando como mero *gestor* de negócios internacionais.

60. Nesse sentido, destaque-se a lição de Sergio André Laclau Sarmento Marques, para quem “os atos típicos da atividade civil/comercial internacional, cuja prática é irrestrita a qualquer particular, estariam excluídos da imunidade, por escaparem ao seu próprio fundamento”, dado que, “[n]estes casos, o Estado estaria equiparando-se a um simples particular, permitindo seu chamamento perante um tribunal estrangeiro”.²³

61. Já se viu, no entanto, que o STF, no Brasil, passou a entender que mesmo os atos de império não garantem ao Estado imunidade absoluta, quando o ilícito perpetrado viola direitos humanos.²⁴ Seja como for, certo é que a prática de vários Estados tem demonstrado haver uma *opinio juris* sobre o tema, ao se entender que os atos praticados no exercício da *soberania* estatal estão imunes à jurisdição de qualquer outro Estado.²⁵

62. Assim, a teoria atualmente prevalente é a da imunidade *relativa* dos Estados em matéria jurisdicional, tendo a jurisprudência de vários países seguido essa mesma trilha, no sentido de somente reconhecer imunidade de jurisdição dos Estados no

²³ MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 51.

²⁴ STF, ARE 954.858/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julg. de 13 a 20.08.2021, *DJe* 23.08.2021.

²⁵ *CUJ, Caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente)*, julg. 03.02.2012, § 77.

que atine aos seus atos *jure imperii*, e não em relação aos atos estatais *jure gestionis*, que se equiparam às atividades particulares e/ou privadas.²⁶

63. A CIJ, na sentença de 3 de fevereiro de 2012, também procedeu à distinção em comento, entendendo, inclusive, que a jurisprudência *interna* dos Estados já formou a necessária *opinio juris* sobre o tema.²⁷

64. Perceba-se, portanto, que o fato de Municípios brasileiros litigarem perante tribunais estrangeiros contra empresas privadas estrangeiras, na defesa de seus interesses, buscando indenizações pecuniárias pelos graves e irremediáveis prejuízos causados pelo rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, não guarda qualquer paralelo entre a teoria das imunidades de jurisdição nas ações intentadas por um ente (*v.g.*, pessoa jurídica de direito público, de direito privado ou um particular) contra um Estado soberano, senão apenas com a situação em que uma pessoa jurídica de direito público interno (Município) litiga perante tribunal estrangeiro contra empresa privada estrangeira, no âmbito de sua autonomia político-administrativa de índole *jure gestionis*.

65. Daí porque não há que se falar em necessidade de qualquer “renúncia” à imunidade de jurisdição (não aplicável ao caso, evidentemente) para que os Municípios brasileiros, prejudicados com as catástrofes ocorridas em seus territórios, busquem no exterior compensação pelos seus inúmeros prejuízos sofridos, sobretudo em termos socioambientais.

66. Ademais, quem define a ação a ser proposta é o autor (Município) e não os réus (empresas estrangeiras) que figuram como contraparte na lide, sendo estes apenas citados para responderem à ação nos termos da pretensão do primeiro, que tem a potestatividade do direito de ação, entre as várias alternativas possíveis que a ordem jurídica (nacional ou estrangeira) lhe coloca à disposição, razão pela qual não se pode querer obstar uma ação em curso em qualquer foro, sequer dizer onde e quando o autor (Município) deve buscar a tutela jurisdicional que entenda adequada.

67. O proponente da ADPF 1178 refere na inicial que o fato de Municípios brasileiros ajuizarem ações no exterior buscando os direitos que lhe são inerentes causa um “esvaziamento inconstitucional da jurisdição brasileira”, o que figura absurdo do ponto de vista lógico e jurídico, como se a jurisdição brasileira fosse *obrigada* a conhecer e a decidir sobre todas as causas ou questões jurídicas multiconectadas com legislações de países diversos, sobretudo no âmbito do Direito Internacional Privado.

²⁶ Nesse sentido, *v. REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar*. 14 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217, para quem: “A imunidade tende a reduzir-se, desse modo, ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, a um domínio regido seja pelo direito das gentes, seja pelas leis do próprio Estado estrangeiro: suas relações com o Estado local ou com terceira soberania, com seus próprios agentes recrutados na origem, com seus nacionais em matéria de direito público – questões tendo a ver com a nacionalidade, os direitos políticos, a função pública, o serviço militar, entre outras”. No mesmo sentido, *cf. JATAHY, Vera Maria Barrera. Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30-31; e MARQUES, Sergio André Laclau Sarmento. *A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 49-51.

²⁷ CIJ, *Caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente)*, julg. 03.02.2012, §§ 74-77.

68. Partindo-se desse raciocínio, a recíproca seria também verdadeira, devendo-se, então, impedir que pessoas jurídicas de direito público estrangeiras busquem, no Brasil, a solução de seus litígios, quaisquer que sejam, mesmo havendo regras claras sobre competência do juiz nacional no Código de Processo Civil, especialmente nos arts. 21 e 22, notadamente a que diz ser competente a autoridade judiciária brasileira para processar e julgar as ações em que “no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação” (art. 21, II), “o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil” (art. 21, III), e daquela que permite às partes “expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional” (art. 22, III).²⁸

69. Adicionalmente, refira-se que as ações propostas na Inglaterra e País de Gales não induzem qualquer litispendência com as ações em curso no Brasil, tratando-se, portanto, de ações que correm em paralelo contra pessoas jurídicas *diversas*, razão pela qual, também sob esse enfoque, não há que se falar em esvaziamento inconstitucional da jurisdição brasileira.

70. Se houver, portanto, esvaziamento da jurisdição nacional, tal esvaziamento seria dos dois lados, tanto dos Municípios brasileiros que buscam, no estrangeiro, a satisfação de seus direitos, quanto das pessoas jurídicas estrangeiras que litigam no Brasil e ver-se-iam impedidas de aqui litigar, dado o “esvaziamento” de sua jurisdição local (do País de sua constituição, de seu registro, capital social ou funcionamento).

71. Perceba-se, portanto, o absurdo da tese que se tenta levar à discussão no STF, como meio de impedir cruelmente que Municípios brasileiros se recomponham financeiramente dos prejuízos causados pelo rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, com o ajuizamento de ações no exterior.

72. Repita-se, mais uma vez, que os Municípios brasileiros não buscam no exterior intentar ações contra qualquer Estado estrangeiro, caso em que tal Estado estaria resguardado pela imunidade de jurisdição contra a ação do ente subnacional, mas, sim, demandar atores e pessoas jurídicas de direito privado em atos de gestão ordinária de seus interesses particulares, com completa legitimidade para assim agir, à luz das normas do Direito Constitucional brasileiro, do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, razão pela qual inexistente imunidade *às avessas* para a atuação dos Municípios perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro, dado o contrassenso gritante desse raciocínio.

73. Em suma, os Municípios não podem ser “imunes” ao Judiciário estrangeiro no sentido de não poderem demandar ali questões de seus interesses particulares, notadamente se a Constituição Federal lhes confere o poder-dever de “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural” (art. 30, IX); se podem os Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e se a eles compete promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, é certo que, *a fortiori*, guardam também o

²⁸ Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 150-158.

poder-dever de buscar a tutela jurisdicional à defesa de seus legítimos interesses na jurisdição que melhor atenda suas pretensões.

74. Por tal motivo, não há que se falar em quaisquer violações de preceitos fundamentais constitucionais por parte dos Municípios brasileiros em questão, sobretudo os relativos à soberania nacional (art. 1º, I, art. 4, I e V, art. 13 e art. 21, I), ao pacto federativo (art. 1º, *caput*, art. 18, *caput*, e art. 30), à organização e às competências atribuídas ao Poder Judiciário brasileiro (art. 2º, art. 5, II, XIV e XXXIII, art. 37, *caput*, art. 52, V, art. 131 e art. 132, *caput*) e às regras e aos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, sobretudo a municipal (art. 5º, II, XIV e XXXIII, art. 37, *caput*, art. 52, V, art. 131 e 132, *caput*).

75. Assim, em resposta ao primeiro quesito, tem-se como certa (i) a inaplicabilidade da teoria da imunidade de jurisdição para atos *jure gestionis* dos entes subnacionais brasileiros, (ii) sua inoperância em prejuízo dos interesses de entes subnacionais pátrios, (iii) sua inaplicabilidade mesmo no caso de atos propriamente Estatais que violem direitos humanos, conforme a novel jurisprudência do STF, e, em consequência, (iv) a possibilidade jurídica do ajuizamento de ações por Municípios brasileiros perante o Poder Judiciário estrangeiro contra empresas privadas estrangeiras, com vistas a recomponem-se dos gravíssimos prejuízos socioambientais sofridos em razão do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

QUANTO AO QUESITO Nº 2

Há necessidade de representação da União Federal para que um Município brasileiro ajuíze ação perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro?

76. Na presente ADPF, o peticionário embasa a tese que lhe convém em argumentos completamente irreais e falaciosos, compreendendo ser necessária a representação da União Federal para que Municípios brasileiros litiguem, *per se*, perante foros estrangeiros, em causas de interesse privado contra empresas também privadas sediadas no exterior.

77. Certo é que a inicial da ADPF não tem qualquer fundamento jurídico e carece de completa congruência, tanto em termos de Direito Constitucional quanto em termos de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado, não passando de uma tentativa atroz de impedir que legítimos interessados logrem êxito em ações a seu favor no exterior, como meio de se recomponem dos incalculáveis prejuízos socioambientais causados por atos das empresas demandadas.

78. De início, merece destaque a correta assertiva de Débora Figueiredo Mendonça do Prado, para quem, nos dias atuais, é necessário “colocar em evidência o papel exercido pelos governos subnacionais na política internacional”, pois “[o] avanço na construção de um arcabouço teórico mais amplo passa pela necessidade de romper com a afirmação de que a atuação internacional é uma prerrogativa exclusiva dos Estados nacionais, mostrando que as unidades subnacionais têm atuado internacionalmente e que, em muitos casos, as consequências dessas atividades e

seus impactos colocam em xeque a interpretação de Estado unitário, mostrando uma dinâmica bem mais fragmentada das relações internacionais”.²⁹

79. A partir desse correto entendimento, insta verificar que, no presente caso, a par de se falar em participação ativa dos Municípios brasileiros no plano da política internacional, o que seria possível à luz do engajamento cada vez maior de entes subnacionais no plano das relações internacionais do Brasil, o que se verifica, em verdade, é que aqui não se trata de um litígio entre o Brasil e a Grã-Bretanha, sequer de lide entre um Estado soberano ombreando outro, mas, sim, do caso em que Municípios brasileiros litigam frente a empresas privadas estrangeiras em foro estrangeiro, à luz da plenitude de sua autonomia político-administrativa, enquanto pessoas jurídicas de direito público interno, o que refoge completamente ao plano da política internacional e das relações internacionais do Brasil, razão pela qual não há que se falar em representação da União para quaisquer atos congêneres praticados no âmbito do direito estrangeiro.

80. Os Municípios estão atuando no exterior como *autores* em ações judiciais e não como *rés* que são demandados por dada potência soberana, certo de que, em tal condição, não necessitam de representação para poder atuar, pois detêm autonomia político-administrativa na gestão corrente de seus interesses próprios, equiparando-se os seus atos àqueles de pessoas físicas que, agindo da mesma forma, têm total liberdade para buscar no foro desejado a melhor solução aos seus interesses particulares.

81. De fato, a autonomia político-administrativa dos Municípios é entendida como o poder de autogestão municipal, como bem explica Hely Lopes Meirelles, *verbis*: “É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I)”.³⁰

82. O mesmo Hely Lopes Meirelles relembra, ainda, que, no que concerne às atribuições mínimas dos Municípios, erigidas em princípios constitucionais garantidores de sua autonomia, constituem “um verdadeiro direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado (União), sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem em sua essência”.³¹

83. Perceba-se, portanto, a opinião da melhor doutrina, segundo a qual as atribuições municipais são direito público oponíveis ao próprio Estado (União) e que não podem ser limitadas por ele de qualquer modo, dado que, num regime federativo, há o Estado-federado, o Estado-membro e o Estado-Município, certo de que, no âmbito de suas atribuições, este último está acima da União e do Estado-membro, porque possui o direito público subjetivo à autonomia político-administrativa, que lhe garante vindicar seus direitos perante tribunais pátrios ou estrangeiros, indistintamente.

²⁹ PRADO, Débora Figueiredo Mendonça do. A atuação internacional dos governos subnacionais: construções conceituais, limites e contribuições para o caso brasileiro. *Revista Carta Internacional*, vol. 13, nº 3, Belo Horizonte, 2018, p. 158.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83.

³¹ Idem, p. 84-85.

84. José Afonso Silva, no mesmo sentido, reconhece que a Federação brasileira está configurada por três esferas governamentais: a da *União* (governo federal), a dos *Estados Federados* (governos estaduais) e a dos *Municípios* (governos municipais). E prossegue explicando que a ingerência dos Estados-federados (e da União) nos assuntos municipais “ficou limitada aos aspectos estritamente indicados na Constituição Federal, como, por exemplo, os referentes à criação, incorporação, fusão e ao desmembramento de Municípios (art. 18, § 4º) e à intervenção (arts. 35 e 36)”.³²

85. Daí já se nota que não há na Constituição Federal de 1988 qualquer limitação à atividade dos Municípios no que tange ao exercício do direito de ação e de acesso à Justiça e, portanto, qualquer limitação de soberania do Estado brasileiro (senão exatamente o contrário) no ajuizamento de ações por entes municipais brasileiros em foros estrangeiros, contra empresas privadas estrangeiras, como modo de perseguir seus legítimos interesses e de se recompor dos prejuízos causados por atos dessas empresas em seus territórios.

86. Também nas regras do Direito Internacional Privado em vigor no Brasil (LINDB) não há qualquer limitador a que pessoas jurídicas de direito público interno, tais como os Municípios, ajuízem ações em foro estrangeiro contra pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, uma vez aceito o seu direito de ação e de acesso à Justiça pela jurisdição estrangeira.

87. Reconhece-se, no Direito Constitucional brasileiro, a autonomia administrativa municipal, que dispensa de tais entes qualquer delegação ou capacidade processual da União para agir como substituta processual dos Municípios em ações propostas no exterior, pois, como destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o Município é autônomo” e essa “autonomia municipal passou a compreender auto-organização”.³³

88. Tal vem expressamente regulado pelo art. 18 da Constituição Federal, segundo o qual “[a] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição” [grifo nosso].

89. Nesse exato sentido, Gilberto Marcos Antonio Rodrigues, em estudo sobre as relações internacionais federativas no Brasil, anota, com propriedade, que atualmente “[h]á um entendimento – e uma prática política – de que os governos subnacionais podem atuar internacionalmente no âmbito de sua autonomia federativa, ou seja, no campo balizado de suas competências constitucionais expressas, sendo elas exclusivas ou comuns, desde que não contrariem o interesse nacional ou invadam a seara da alta política (*high politics*), ou seja, o núcleo duro das relações internacionais do Estado”.³⁴

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 642.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

³⁴ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 51, nº 4, Rio de Janeiro, 2008, p. 1017. A propósito, cf. também SANTOS, Clara Maria Faria. *Capacidade jurídica internacional dos municípios*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Linha de Pesquisa: Relações Internacionais e Desenvolvimento. São Paulo: UNESP, 2010, p. 113-114.

90. De fato, as atividades dos entes subnacionais brasileiros perante o Direito estrangeiro não intervêm, em absoluto, nas relações exteriores do Estado brasileiro e nas questões de *high politics* da seara internacional, como, *v.g.*, são a celebração de tratados ou a participação em organizações internacionais, versando apenas temas relativos ao *low politics*, é dizer, atinentes ao âmbito de seu poder de autogestão.

91. Esse é mais um motivo pelo qual não necessitam os Municípios brasileiros de autorização e/ou representação da União para ajuizarem ações no exterior no âmbito de seu exercício autônomo relativo ao direito de ação e de acesso à Justiça, sobretudo em razão de as ações intentadas no exterior voltarem-se contra pessoas jurídicas de direito *privado* estrangeiras, cujo âmbito relacional não atinge, sequer de longe, as relações exteriores do Brasil com as potências estrangeiras em que ajuizadas tais ações.

92. O ajuizamento de ações no exterior por Municípios não representa, como já se viu, qualquer “manutenção de relações internacionais” do Brasil com Estados estrangeiros, pois estas afetam os atos *jure imperii* do Estado, como, *v.g.*, a declaração de guerra, a celebração da paz, a nomeação ou recebimento de representantes diplomáticos, a celebração de tratados ou a participação em organizações internacionais.

93. Daí não ser o ajuizamento de ações no exterior ato representativo da soberania brasileira diante de outra potência estrangeira, tampouco atos de usurpação das competências da União em matéria de Direito Internacional Público, não se tratando de ingerência dos Municípios na capacidade da União de representar a República Federativa do Brasil no âmbito das relações internacionais do Estado brasileiro.

94. Como destaca a melhor doutrina, dentro de sua autonomia autogerenciável os Municípios, indubitavelmente, dispõem “de todas as ações e recursos processuais, oponíveis a qualquer poder, órgão, autoridade, ou particular que obste ou embarace o seu exercício”.³⁵

95. Por isso, como leciona Tullo Vigevani, a proibição de atuação das unidades federadas no âmbito externo atinge “apenas os contatos formais, aqueles efetivamente diplomáticos, as ações perfeitas entre Estados soberanos”, e não as ações que escapam a essa alçada de poder.³⁶

96. Sobretudo, os Municípios têm legitimidade processual para demandar em quaisquer juízos ou tribunais, sejam internos ou estrangeiros, para recompor-se dos prejuízos decorrentes dos danos sofridos por parte de empresas estrangeiras nos territórios municipais respectivos, podendo, para tanto, contratar escritórios de advocacia no exterior.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 86.

³⁶ VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: Estados e municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº 62, São Paulo, out. 2006, p. 136. A propósito, cf. ainda PRAZERES, Tatiana Lacerda. Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras ante os processos de integração regional. In: VIGEVANI, Tullo; WANDERLEY, Luiz Eduardo; BARRETO, Maria Inês; MARIANO, Marcelo Passini (Org). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: EDUC/Editora da Unesp/EDUSC/Fapesp, 2004, p. 283-312.

97. Tal é assim por terem os Municípios – como explica Virgílio Afonso da Silva – um grau de autonomia que é claramente maior do que aquele que existiu durante a vigência de outras Constituições, especialmente em razão dos seguintes fatores: (1) os Municípios são regidos por uma Constituição própria, chamada Lei Orgânica, aprovada pela Câmara Municipal (art. 29); (2) prefeitos, vice-prefeitos e membros das Câmaras Municipais (vereadoras e vereadores) são eleitos diretamente (art. 29, I); (3) os Municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local e também para suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, I e II), além de participar das competências políticas comuns (art. 23); e (4) podem instituir e cobrar impostos municipais mencionados no art. 156, e recebem transferência de receitas de impostos da União e dos Estados, nos termos dos arts. 158 e 159.³⁷

98. Infere-se, portanto, que tal fundamentação decorre da hermenêutica sistemática do próprio texto constitucional brasileiro, uma vez que compete aos Municípios, consoante o art. 30 da Constituição, suplementar (II), criar, organizar (IV), organizar e prestar (V), manter (VI) e promover (VIII e IX) os meios a ações necessários ao seu adequado funcionamento no âmbito do Estado brasileiro. Tais verbos demonstram que o governo próprio dos Municípios lhes confere a prerrogativa constitucional de intentar ações tanto perante os poderes públicos quanto contra os particulares na defesa intransigente de seu patrimônio socioambiental, dado que tal fato é questão de reconhecida autonomia e não de usurpação da soberania internacional do Brasil.

99. Ademais, a Constituição Federal de 1988 alude ao “interesse local” centralizado numa específica localidade, porquanto, como bem explica Bandeira de Mello, “trata-se, aqui, na verdade, de um interesse *peculiar*, manifestável em certo ou certos municípios, e *não daquele interesse comum dos Municípios em geral*...”³⁸ Tal interesse local justifica, não há dúvidas, a tomada de medidas por parte das municipalidades destinadas à recomposição dos prejuízos causados por empresas quer nacionais ou estrangeiras em seus territórios, dado que, pensar de modo contrário, justificaria a condenar as próprias vítimas das tragédias ocorridas por atos de tais empresas e suas atividades, o que constituiria verdadeiro paradoxo.³⁹

100. Convém, ademais, lembrar que o Município é um estado de fato, enquanto o Estado-membro e a Federação são ficções jurídicas criadas para um ordenamento político, lembrando Diomar Ackel Filho, nesse sentido, que “[a] autonomia é, certamente, o elemento que faz vicejar essa célula, pois, sem ela, o Município seria um ente amorfo, capitania legada aos donatários do poder central,

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 381.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. II – *Direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 272.

³⁹ Veja-se, a propósito, questão semelhante ocorrida no Município de Cubatão, Estado de São Paulo, dada a intensa poluição local ocasionada por conhecidas atividades empresariais, como se colhe da jurisprudência do tribunal bandeirante (v. TJSP, 7ª Câmara, AI nº 124.287-1, Rel. Des. Sousa Lima, julg. 28.03.1990, RT 655/85).

indiferente às peculiaridades locais, misturando-se ao descolorido contexto geral como mera circunscrição territorial”.⁴⁰

101. Em suma, o fato de Municípios brasileiros intentarem ações judiciais em tribunais estrangeiros não implica sujeição da República Federativa do Brasil à soberania de outra potência estrangeira, pois não se trata de fato pertencente ao universo das “relações internacionais” entre o Brasil e o Estado estrangeiro, que se dão no âmbito, *v.g.*, da declaração de guerra, da celebração da paz, da nomeação ou recebimento de representantes diplomáticos, da celebração de tratados ou da participação em organizações internacionais.

102. A título conclusivo, a doutrina de Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini encerra, com propriedade, a questão aqui debatida, merecendo, por isso, ser transcrita: “Por todos esses motivos, discordamos da afirmação que a atuação internacional dos entes subnacionais no Brasil se processa ‘em descumprimento ao texto constitucional ao não observar certas competências do poder central no trato de questões internacionais’, pois a perspectiva proposta demonstra que a atuação internacional de municípios pode contribuir com a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, indo ao encontro da missão principal do texto constitucional brasileiro, qual seja, a de possibilitar melhorias nas condições de vida da população por meio de políticas públicas desenvolvidas por todos os entes federativos”. E, corretamente, concluem: “A adoção dessa perspectiva interpretativa não traz como consequência confrontar o Estado-nação, colocando a unidade subnacional numa posição de enfrentamento, ou de competidor, nem o tratar como um novo ator influente no sistema internacional, mas apenas evidencia a interdependência e a maior complexidade das relações entre os atores. Trata-se, portanto, de um debate teórico de reconhecimento dos atores subnacionais e de sua participação no cenário internacional”.⁴¹

103. Por isso, em resposta ao segundo quesito, tem-se como certo ser incabível a autorização da União para que Municípios brasileiros – que são pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia político-administrativa – contratem escritórios de advocacia no exterior e litiguem em foros estrangeiros, *sponte sua*, contra empresas privadas estrangeiras em questões afetas aos seus interesses particulares, no âmbito de sua autonomia político-administrativa e com a prática de atos de índole estritamente *jure gestionis*, que escapam por completo ao âmbito da política internacional e das relações internacionais da República Federativa do Brasil.

⁴⁰ ACKEL FILHO, Diomar. A autonomia municipal na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, ano 77, vol. 635, set. 1988, p. 39.

⁴¹ LAISNER, Regina Claudia; SIMINI, Danilo Garnica. Legitimidade constitucional da atuação internacional dos municípios brasileiros: uma leitura à luz da teoria da Constituição Dirigente. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 7, nº 1, Brasília, abr. 2017, p. 68.

QUANTO AO QUESITO Nº 3

O ajuizamento de ações no exterior por Municípios brasileiros caracteriza-se como operações externas de natureza financeira, a que alude o Artigo 52, V, da Constituição Federal?

104. O ajuizamento de ações no exterior por Municípios brasileiros representa o exercício do seu direito de ação e de acesso à Justiça, não pertencendo, sob nenhum aspecto, ao âmbito das operações externas de natureza financeira de interesse municipal, a que alude o art. 52, V, da Constituição Federal, razão pela qual não necessitam de autorização da Câmara Alta para litigarem em foros estrangeiros na defesa de seus interesses particulares.

105. O art. 52, V, da Constituição Federal diz competir privativamente ao Senado Federal “*autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios*” [grifo nosso]. Muitas dessas operações consistem em empréstimos internacionais realizados com atores públicos ou privados estrangeiros, e têm sido comuns na história da nossa economia.⁴²

106. Como anota Gilberto Marcos Antonio Rodrigues, o efeito prático do art. 52, V, da Constituição Federal “se revela nas negociações diretas que vários Estados federados e municípios brasileiros vêm mantendo, desde os anos 1990, com organismos econômicos internacionais, como o BIRD e o BID, e o próprio Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD”.⁴³

107. O dispositivo em apreço tem área de abrangência específica e natureza dúplice, podendo dizer respeito tanto aos *contratos administrativos internacionais*, assinados diretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (sempre que o credor for uma empresa),⁴⁴ como, também, aos acordos celebrados pelo Brasil com organismos econômicos ou financeiros internacionais, notadamente com o Fundo Monetário Internacional (“FMI”), os quais têm como ponto de partida o envio da “Carta de Intenções” a esse organismo internacional, culminando com a autorização relativa a um *stand-by arrangement*, que representa um acordo de crédito contingente junto ao FMI.⁴⁵

⁴² Por tudo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Senado Federal e o problema das operações externas de natureza financeira: exegese do art. 52, inc. V, da Constituição brasileira de 1988 à luz do direito internacional público. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95-130. Cf. também MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao art. 52, V, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2023, p. 1108-1112.

⁴³ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Relações internacionais federativas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 51, nº 4, Rio de Janeiro, 2008, p. 1019.

⁴⁴ Nesse sentido, v. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 321; SOARES, Guido Fernando Silva. Os acordos administrativos e sua validade no Brasil. *Revista Forense*, vol. 272, Rio de Janeiro, 1980, p. 61-62; e BAHIA, Saulo José Casali Bahia. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.

⁴⁵ Para um estudo exaustivo do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Natureza jurídica e eficácia dos acordos stand-by com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Cf. também MAZZUOLI, Valerio de

108. Da análise do dispositivo constitucional podem ser diferenciados, portanto, dois tipos de acordos relativos às operações externas de natureza financeira dos entes federados brasileiros, quais sejam: *a)* os firmados pelo Brasil (ou seus entes subnacionais) com bancos ou consórcios de bancos privados estrangeiros (celebrados por meio de *contrato* entre os entes internos e seus respectivos credores); e *b)* os empreendidos pelos entes federados brasileiros junto a organismos econômicos ou financeiros internacionais, como o FMI.

109. Portanto, não há qualquer dúvida de que o art. 52, V, da Constituição Federal somente tem aplicação para os casos de *acordos* internacionais de natureza financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, jamais podendo ser aplicado para outras finalidades, como, *v.g.*, para uma suposta autorização do Senado para o fim de permitir a Estados-federados ou a Municípios que ajuízem ações em foros estrangeiros para a defesa de seus interesses particulares, pois tal ato é afeto ao direito de ação e de acesso à Justiça dos entes subnacionais e completamente estranho do escopo de uma operação externa de natureza financeira de interesse de tais entes.

110. Perceba-se que o dispositivo em comento demanda autorização do Senado Federal para a conclusão de tais “operações” externas de natureza financeira, que são pedidos de auxílio financeiro da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios realizados tendo como ponto de partida os entes federativos brasileiros e como ponto de destino os bancos ou consórcios de bancos privados estrangeiros ou os organismos econômicos ou financeiros internacionais, não servindo para autorizar o recebimento de indenização decorrente de decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário de Estado estrangeiro.

111. As decisões estrangeiras que destinam indenizações a entes subnacionais brasileiros não são “operações” externas de natureza financeira de interesse do ente subnacional, pois não são solicitações de auxílio financeiro realizadas a bancos privados estrangeiros ou a organismos econômicos ou financeiros internacionais.

112. Os acordos concluídos com credores privados estrangeiros têm natureza jurídica de “contratos administrativos internacionais”, também conhecidos por *State contracts* ou “contratos com o Estado”,⁴⁶ sendo regidos pelo Direito interno de uma das partes – normalmente o direito nacional dos credores, que exige, em suas negociações com o Estado, a submissão deste à jurisdição de suas respectivas sedes, a exemplo do que ocorreu com o Brasil, em 1983, quando da conclusão do famoso “Projeto Dois”, firmado com um consórcio de bancos privados estrangeiros, liderados pelo *Citibank* – e celebrados pelo Estado com particulares, fixando normas individuais e concretas a serem respeitadas, reciprocamente, pelas partes contratantes.

Oliveira. Os acordos *stand-by* com o FMI e a competência internacional do Ministério da Fazenda. *Revista Forense*, vol. 370, ano 99, Rio de Janeiro, nov.-dez. 2003, p. 197-220.

⁴⁶ Sobre o assunto, cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

113. Tais acordos são utilizáveis, v.g., em caso de venda de mercadorias, de armamentos ou empréstimo de propriedades, quando terceiros não submetidos às regras do Direito Internacional Público estão intimamente ligados com a transação, não contando com denominação uniforme, podendo ser chamados de “contratos internacionais”, “acordos econômicos de desenvolvimento”, “*State contracts*”, “contratos com o Estado”, “acordos de investimento” etc.

114. O inciso V do art. 52 da Constituição Federal de 1988 se aplica a ambos os tipos de acordos, sejam com credores privados estrangeiros, sejam com organismos econômicos ou financeiros internacionais, sempre que se tratar de assuntos sobre finanças envolvendo qualquer dos entes da federação, certo de que, fora desse âmbito, as ações ajuizadas no exterior pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios independem de qualquer autorização do Senado Federal.

115. Para não haver dúvidas, no entanto, sobre o alcance do art. 52, V, da Constituição Federal, deve-se explicar a gênese de tal dispositivo e sua evolução no constitucionalismo brasileiro, chegando à sua formatação atual pela Constituição de 1988, e investigar, também, o âmbito de sua aplicação para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

116. Inicialmente, destaque-se que a regra atual da Carta de 1988 é inovadora com relação às Constituições anteriores, no que tange à inclusão das operações externas de natureza financeira da União e dos Territórios, dentre as que necessitam da prévia autorização do Senado Federal, pois, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, exigia apenas que os “empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal”, fossem autorizados pelo Senado Federal (art. 42, IV).⁴⁷

117. A Constituição de 1891 era omissa a respeito do assunto e estabelecia que cabia à União contrair empréstimos externos com a aprovação do Congresso Nacional. Alguns Estados da federação reproduziram a regra insculpida na Constituição em suas Constituições Estaduais, impondo que a aprovação de tais operações externas deveriam ser aprovadas pelo Poder Legislativo Estadual, o que fez com que alguns Estados se endividassem sobremaneira no exterior, razão pela qual a reforma constitucional de 1926 determinou que a União Federal poderia intervir no Estado se este cessasse de pagar a sua “dívida fundada por mais de dois anos”.

118. A Carta de 1934, no art. 90, alínea *b*, dava ao Senado Federal a atribuição privativa de aprovar os “empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. A Constituição de 1946, no art. 63, II, a seu turno, dizia ser da competência

⁴⁷ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 397; CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Natureza jurídica e eficácia das cartas de intenções ao FMI. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano XLIV, nºs 75/76, p. 51-72, Brasília, jul./dez./1991, p. 68; e ainda CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

privativa do Senado Federal “autorizar os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. A Carta de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, passou a exigir, por sua vez, que os “empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo Federal”, fossem autorizados pelo Senado Federal, nos termos do art. 42, IV.⁴⁸

119. Na atual Constituição Federal, a regra geral em relação às operações externas de natureza financeira está exposta no art. 52, V, exclusivamente, conforme o qual toda operação externa de natureza financeira a ser levada a efeito por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios depende de prévia autorização do Senado Federal.

120. A Constituição de 1988 diz competir, privativamente, ao Senado Federal *autorizar* as referidas operações externas de natureza financeira, de interesse daqueles entes da federação, certo de que, na técnica constitucional, a expressão “autorização” não guarda o mesmo significado que “referendo”, expressão utilizada pelo texto constitucional no que tange à competência do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII). A “autorização” é sempre *prévia* à manifestação de vontade do ente competente para entabular as negociações, o que não acontece com o “referendo”, que é *posterior* às negociações e à assinatura do acordo internacional.⁴⁹

121. A doutrina também entende que, ao se referir às “operações externas de natureza financeira de *interesse* da União, dos Estados” etc., a Constituição de 1988, no art. 52, V, também pretendeu englobar, na exigência de submissão prévia de tais operações ao Senado Federal, os entes da administração indireta ou descentralizada de todas as entidades da federação.⁵⁰

122. A origem histórica do dispositivo liga-se ao fato de que, à égide da Carta de 1969, o Poder Executivo brasileiro, celebrando discricionariamente contratos e acordos com bancos e entidades estrangeiras, acabou por agravar imensamente a dívida externa brasileira, sem o conhecimento e o controle do Parlamento.⁵¹ O Senado Federal não havia, à época, competência para autorizar tais operações externas, o que só veio ocorrer com a Carta de 1988, que, corrigindo o problema, lhe atribuiu esse poder.⁵²

⁴⁸ Por tudo, cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 298-300.

⁴⁹ Cf. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Poder legislativo e política internacional. In: *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 263.

⁵⁰ A esse respeito, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. 1, 2.ª ed. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 313.

⁵¹ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 398; e CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

⁵² Para uma excelente resenha das discussões travadas no Senado Federal, à égide da Constituição anterior, v. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Congresso Nacional e os acordos do Brasil com o

123. Pela regra atual, quaisquer contratos ou transações de natureza financeira empreendidas pelo Governo Federal, pelos Governos Estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios ou Municípios, inclusive entes da administração indireta ou descentralizada, objetivando o levantamento ou o suprimento de numerário financeiro no exterior, junto a instituições estrangeiras, públicas ou privadas, ou internacionais, devem sujeitar-se à autorização do Senado Federal, pois neste há igualdade de representação dos Estados-federados (cada Estado-membro elege 3 senadores, no que se consagrou o *princípio majoritário*), o que não ocorre na Câmara dos Deputados, cujos representantes são eleitos pelo sistema proporcional, podendo haver, por isso, determinados Estados-membros com maior bancada e, consequentemente, com maior poder de influência política.

124. O que faz o art. 52, V, da Constituição é impor limites à atuação do Poder Executivo em matéria financeira internacional, impedindo-o de efetuar, discricionariamente, operações externas desse âmbito capazes de comprometer o País em sua capacidade de pagamento, deixando bem sublinhado o controle do Senado sobre tais operações externas de natureza financeira, prescrevendo competir, também, à Câmara Alta, em caráter privativo: dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal (inc. VII), e dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (inc. VIII).

125. Em 1991, quando o Senado apreciou pedido de autorização para a União celebrar operação de natureza financeira, destinada a regularizar os juros devidos e não pagos, em 1989 e 1990, a bancos comerciais privados, o senador Ruy Bacelar manifestou opinião de que a repactuação da dívida externa deveria passar por duas instâncias: primeiro, ser submetida ao Senado Federal, para que este fixasse parâmetros e autorizasse a formalização das operações; segundo, ser enviada ao Congresso Nacional, para que este aprovasse os instrumentos internacionais firmados em nome do Estado.⁵³

126. No entanto, a Comissão de Assuntos Econômicos, sufragando o voto do relator da matéria, o senador Ronan Tito, autorizou a operação solicitada pelo Poder Executivo, tendo o plenário deliberado da mesma forma, autorizando a operação pela *Resolução nº 20*, de 21 de junho de 1991.

127. O então Ministro da Fazenda, Gustavo Krause, em depoimento à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, no dia 26 de novembro de 1992, declarou: “[...] permitam-me registrar a sabedoria do legislador constituinte quando fez inscrever, entre as competências privativas do Senado Federal, a prerrogativa de autorizar operações externas de natureza financeira. Com efeito, o legislador constituinte instaurou nova fase entre os Poderes da República, fase esta em que as operações externas que afetam

FMI e consórcios de bancos privados estrangeiros. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano II, nº 2, cit., p. 174-179.

⁵³ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 399.

*o Erário se sujeitam não somente à diligência do Executivo, mas também ao zeloso crivo desta Casa, o que confere saudável transparência aos negócios públicos”.*⁵⁴

128. Em 1992, começou a tramitar no Senado Federal um Projeto de Resolução disciplinando a aprovação das operações externas de natureza financeira junto ao FMI, proposto pelo senador José Eduardo, na conclusão do parecer que emitiu na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, como relator da Indicação nº 03, de 1991. Essa indicação partiu do senador Jutahy Magalhães e tinha por objetivo proclamar que qualquer instrumento que crie obrigações para o País em face do FMI deveria submeter-se à prévia aprovação do Congresso Nacional. Para Jutahy Magalhães, os instrumentos que criam obrigações junto ao FMI são, pois, atos internacionais que acarretam “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, devendo, portanto, ser aprovados pelo Congresso Nacional.⁵⁵

129. Para o relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador José Eduardo, tal interpretação seria “muito abrangente”; para ele, o negócio jurídico envolvendo a liberação de crédito *stand-by* junto ao FMI, iniciado com o envio de Carta de Intenções, seria uma operação de crédito externo de interesse da União, devendo, portanto, apenas sujeitar-se à aprovação do Senado Federal, nos termos do art. 52, V, da Constituição. Entretanto, sugeriu que, quando chegar ao Senado um pedido de autorização do Executivo para efetivar operação dessa natureza, deveria ser ouvida a comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que esta determine se o ato pode ser considerado como gravoso ao patrimônio nacional, caso em que será encaminhado à aprovação do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I, da Carta da República, tendo sido o seu parecer aprovado por unanimidade.⁵⁶

130. O senador Jonas Pinheiro, relator da Comissão de Assuntos Econômicos, também opinou a favor da competência do Senado Federal para autorizar as operações externas de natureza financeira junto ao FMI, discordando, contudo, quanto à possibilidade de o Senado decidir se determinado instrumento é ou não gravoso ao patrimônio nacional, pois tal seria decisão de competência do Congresso Nacional.

131. Nessa hipótese, caso o Senado considere a operação externa de natureza financeira gravosa ao patrimônio nacional, deverá enviá-la ao Congresso para referendo, nos termos do art. 49, I, da Constituição de 1988. Eis o que disse o senador Jonas Pinheiro, a respeito do assunto: “*Os acordos internacionais fogem, obviamente, à competência privativa do Senado Federal e, como dito, são da competência*

⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁵ Idem, p. 400-401. V. também, CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

⁵⁶ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 401; e CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

*exclusiva do Congresso Nacional, quando considerados gravosos ao patrimônio da Nação. Assim, os acordos internacionais e as operações de crédito neles inseridas demarcam, respectivamente, espaços próprios de competências do Senado Federal e do Congresso Nacional, que devem ser exercidas em sua plenitude. Não há, assim, por que sujeitar o exercício de uma ao de outra”.*⁵⁷

132. Referido senador apresentou substitutivo ao Projeto de Resolução nº 44, de 1992, aprovado pela Comissão e pelo plenário do Senado, na sessão de 10 de agosto de 1993, mas que recebeu emenda do senador Hydeckel de Freitas, propondo a inclusão do seguinte parágrafo: “§ 5.º *Em qualquer hipótese será ouvida a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania quanto aos aspectos jurídicos da operação e, notadamente, no que diz respeito à eventual caracterização de ato gravoso ao patrimônio nacional (art. 49, I, da Constituição Federal)*”.

133. Em 18 de novembro de 1993, a matéria estava pronta para ser incluída na pauta da Comissão. Em 21 de março de 1995, a matéria foi redistribuída ao senador Luiz Alberto de Oliveira. Em 29 de janeiro de 1999, entretanto, a Secretaria Geral da Mesa do Senado deu por prejudicada a matéria, nos termos do art. 334 do Regimento Interno do Senado Federal.⁵⁸

134. Desde a década de 1990, como se nota do histórico que se acabou de realizar, e mesmo sem ter a proposta de regulamentação da matéria ter chegado a bom termo, percebe-se a extrema preocupação de parlamentares brasileiros em regulamentar, de forma estrita, as solicitações de auxílio financeiro internacional dos entes federativos brasileiros, quer com pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras ou com organismos econômicos ou financeiros internacionais.

135. Em nenhum documento analisado e em nenhuma proposta de regulamentação existente, desde aquele período, se verifica qualquer discussão que seja alheia ao âmbito estrito das *solicitações* de auxílio financeiro internacional dos entes federativos nacionais, as quais, e apenas elas, nos termos do art. 52, V, da Constituição Federal de 1988, demandam autorização prévia do Senado Federal.

136. Assim, quaisquer condutas dos entes federativos alheias às estritas questões externas de natureza financeira – é dizer, distintas das exclusivas *operações* externas de natureza financeira, que são *solicitações internacionais* de auxílio financeiro que enviam os entes federativos a pessoas jurídicas de direito público ou privado externas – retiram do Senado Federal o poder autorizativo, sendo este o caso do

⁵⁷ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 401-402; e CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

⁵⁸ *Diário do Senado Federal* nº 22-A, de 24 de fevereiro de 1999, p. 3.276. O referido dispositivo do RISF, assim estabelece: “Art. 334. O Presidente, de ofício ou mediante consulta de qualquer Senador, declarará prejudicada matéria dependente de deliberação do Senado: I – por haver perdido a oportunidade; II – em virtude de seu prejulgamento pelo Plenário em outra deliberação. [...]”

ajuizamento de ações no exterior por Municípios brasileiros, que não requerem do Senado autorização para litigar em foros estrangeiros na defesa de seus interesses particulares, dado que o exercício do direito de ação e de acesso à Justiça por parte de Municípios não se reveste da roupagem de “operações externas de natureza financeira” de interesse municipal.

137. Ora, se se inverter a questão percebe-se o absurdo do argumento, dado que, se fossem as indenizações recebidas no exterior “operações *externas* de natureza financeira”, aquelas recebidas no plano da jurisdição brasileira seriam “operações *internas* de natureza financeira”. Absurdo maior, evidentemente, não pode haver nessa interpretação calculada com pouca precisão pelos seus criadores, pois jamais se entendeu tratar de “operação financeira” o recebimento de indenizações decorrentes de sentenças judiciais.

138. Refira-se, por fim, que se o propósito da regra do art. 52, V, da Constituição foi o de proteger o patrimônio do Estado brasileiro, para o que destinou à Câmara Alta a competência autorizativa das operações externas de natureza financeira dos entes federativos nacionais, parece evidente que as ações judiciais tomadas pelos Municípios pátrios perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro vem exatamente ao encontro da referida *mens legislatoris*, pois o que se busca são justamente indenizações para os entes subnacionais brasileiros por danos causados por empresas multinacionais.

139. Em suma, em resposta ao terceiro quesito, tem-se como certo que os Municípios brasileiros não dependem de autorização do Senado Federal para, no exercício de seu direito de ação e de acesso à Justiça, litigar em instâncias estrangeiras para a defesa de seus interesses particulares, sobretudo para verem-se indenizados pelos prejuízos decorrentes da falta de devida diligência por parte das empresas responsáveis pelos trágicos acontecimentos já referidos.

QUANTO AO QUESITO Nº 4

Viola a soberania brasileira o fato de Municípios brasileiros litigarem perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro contra empresas privadas estrangeiras?

140. Até o presente momento, já se falou da confusão conceitual que vem à luz na petição inicial da ADPF 1178, e também já se viu que o argumento da violação da soberania ali utilizado é falacioso e pretende esconder uma verdade (a real intenção do proponente da ação) por detrás de si, cabendo, agora, aprofundar nesse conceito para o fim de compreender quão incongruente é a sua utilização em desfavor dos Municípios brasileiros prejudicados pelo rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

141. Refira-se, desde já, que o ato dos Municípios brasileiros de litigar contra empresas privadas estrangeiras perante tribunais de terceiros Estados na defesa de seus legítimos interesses é completamente resguardado pela Constituição, da mesma forma que seria uma ação intentada por Estado-federado brasileiro ou pelo Distrito Federal perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro.

142. A uma, porque inexistente impedimento constitucional para que Municípios brasileiros, no âmbito de sua autonomia e autogestão, vindiquem direitos perante quaisquer foros, sejam eles nacionais ou estrangeiros, não se tratando, neste caso, de questão de “violação de soberania” brasileira, como deseja ver reconhecido o proponente da ADPF 1178; a duas, porque não há ataque ou ameaça à soberania nacional no ato de pessoas jurídicas de direito público interno ajuizarem ações em foros estrangeiros na busca do reconhecimento de direitos seus, não dependendo, para tanto, de representação da União Federal, dado não se tratar de questão *jus imperii* do Estado brasileiro, senão de atos *jure gestionis* dos entes municipais.

143. Toda a questão aqui debatida está na compreensão de que o ajuizamento de ações em foros estrangeiros por Municípios brasileiros liga-se não ao fetiche da “proteção da soberania” brasileira, como pretende o autor da ADPF e os pareceres que o acompanham, mas, sim, à legitimidade de tais entes subnacionais, no âmbito de sua autonomia político-administrativa, de perseguirem a jurisdição adequada ao litígio transnacional no caso concreto, conforme os seus interesses particulares.

144. Neste ponto, necessário trazer à baila a lição de Graziela Argenta Zaneti, para quem “[a] jurisdição internacional libera-se do ‘fetiche’ da soberania, na qual jurisdição se reduz a explicar o ‘poder supremo do Estado’, para fixar suas bases na sua adequação para a tutela dos direitos e das pessoas”, razão pela qual “[a] concepção de jurisdição do Estado Democrático Constitucional é a da jurisdição adequada ao caso concreto”.⁵⁹ A mesma autora, corretamente, acrescenta, para a qualificação da jurisdição adequada nos litígios transnacionais, os critérios de (i) *situações jurídicas com elemento de estraneidade* e (ii) *estabelecidas de forma adequada*.⁶⁰ Ambos os critérios se fazem presentes no caso do ajuizamento de ações em foros estrangeiros por parte dos Municípios brasileiros.

145. Daí se vê, no caso que ora nos ocupa, que os Municípios brasileiros, ao procurarem a satisfação de seus direitos em foros estrangeiros, perseguem legitimamente a jurisdição adequada à resolução de suas contendas, especialmente por ali estarem presentes os critérios de “situações jurídicas com elementos de estraneidade” (v.g., nacionalidade das empresas demandadas) e “estabelecimento de forma adequada” (v.g., escolha do foro estrangeiro com proximidade às atividades empresariais).

146. Portanto, nada afeto à soberania do Estado brasileiro se encontra na relação jurídica de qualificação da jurisdição adequada nos litígios transnacionais em questão, especialmente porque o referido fetiche da “soberania” não auxilia, senão apenas atrapalha, a localização da jurisdição com melhor aptidão para resolver tais contendas transnacionais, sobretudo em casos como o presente, de rompimento de barragens que levou dezenas de Municípios brasileiros a prejuízos incalculáveis.

⁵⁹ ZANETI, Graziela Argenta. *Jurisdição adequada para os processos coletivos transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 119.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

147. Vista a questão de outro modo, também sequer se cogita falar em violação de soberania quando não é a República Federativa do Brasil ou União Federal que litiga (ou é parte da demandada) perante a Justiça estrangeira, mas, sim, pessoas jurídicas de direito público interno dotadas de autonomia político-administrativa para defender, em quaisquer cortes ou tribunais, seus legítimos interesses, contra empresas privadas estrangeiras, sem qualquer relação “soberana” com o Reino Unido ou com qualquer outro País em que possam correr tais ações.

148. É, portanto, incongruente a interpretação segundo a qual viola a soberania do Estado brasileiro o fato de Municípios pátrios litigarem perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro na defesa de seus interesses, dado que o litígio em tribunais estrangeiros, com todas as dificuldades e consectários que comporta, é verdadeiro ato de soberania de cunho positivo e não negativo, por ser a maneira viável de se garantir a tais entes o acesso à Justiça na sua concepção mais ética e humanista.

149. Ademais, o art. 11, *caput*, da LINDB estabelece que “[a]s organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, *obedecem à lei do Estado em que se constituírem*”, o que é mais um indicativo de que o Brasil não pode impedir sejam tais corporações demandadas e condenadas em foro estrangeiro, caindo por terra o argumento de que o ajuizamento de ações no exterior por parte dos Municípios brasileiros viola a soberania brasileira.

150. Por outro lado, o argumento utilizado pelo proponente da ADPF 1178 de que o ajuizamento de ações em foros estrangeiros por parte de Municípios brasileiros quebraria o controle de fiscalização pela sociedade e pelos órgãos de fiscalização nacional, bem assim a publicidade dos atos municipais, por, *v.g.*, utilizar-se de língua estrangeira na propositura de tais ações, é risível e completamente ilógico, porque também se aplicaria, *in totum*, à União Federal, caso esta ajuizasse no exterior referidas ações, em nada se alterando o cenário fático da questão.

151. Uma vez ajuizada eventual ação pela União Federal, seria de se perquirir se a fiscalização dos atos em causa e sua respectiva publicidade seriam melhores que no caso do ajuizamento de tais ações pelos Municípios.

152. Ora, não há diferença alguma no ato de um ente federativo maior (União) e de outro ente menor (Município) em termos de fiscalização pelo Ministério Público (*custos juris*) e de publicidade dos atos respectivos, pois ambos guardam os mesmos direitos e responsabilidades, alterando-se apenas a esfera de sua atuação, nos planos federal e local, respectivamente.

153. A competência que tem a União Federal para representar a República Federativa do Brasil em ações perante Estados estrangeiros e organismos internacionais (CF, art. 21, I) não impede, ao contrário encoraja, que outros entes (como os Municípios) ajuizem ações em seu favor em casos não atinentes às relações internacionais do Brasil com Estados estrangeiros e/ou organismos internacionais, pois, somente nesse âmbito, e não em outro, é que a União guarda competência representativa do Estado brasileiro. O ajuizamento de ações no exterior contra empresas *privadas* estrangeiras

não ingressa no âmbito das relações internacionais do Brasil com Estados estrangeiros e/ou organismos internacionais, como se nota com clareza solar.

154. Portanto, nem se pense na absurda interpretação segundo a qual o ajuizamento de ações no exterior por parte de Municípios brasileiros representaria uma espécie de “manutenção de relações internacionais” com Estados estrangeiros, à luz do art. 21, I, da Constituição Federal, pois, à evidência, tal dispositivo não tem aplicação a questões *jure gestionis* dos Municípios, que são temas de *direito privado* dos entes subnacionais no exterior, em nada relativos à manutenção de relações externas da República Federativa do Brasil, fixadas à base dos atos *jure imperii* do Estado brasileiro.

155. Esse mesmo raciocínio foi utilizado no parecer de Nadia de Araujo para defender o argumento de que os Municípios brasileiros, ao ajuizarem ações particulares perante foros estrangeiros contra empresas privadas estrangeiras, estariam se usurpando da competência da União para manter relações com Estados estrangeiros, citando, para tanto, manifestação do então Consultor Jurídico do Itamaraty Franchini-Netto, de 1984, para quem “a atual Constituição da República Federativa do Brasil, perfilhando o rumo tradicional, ao assegurar a ‘autonomia interna dos Estados’ em que cada um se rege pela Constituição e leis por ele próprio adotadas, reserva à União Federal, a competência exclusiva da manutenção de relações com Estados estrangeiros”.⁶¹

156. A parecerista informa, na nota de rodapé nº 75 da página 27 do seu parecer, o local equivocado em que publicado o parecer de Franchini-Netto, que, em verdade, consta dos *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. VII (1972-1984), organizados por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, estampado às páginas 510 a 517, intitulado “Projeto de Lei – nº 3.411/84. Celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas do exterior”.⁶²

157. Como se nota com total clareza, a consulta dirigida ao ilustre Consultor Jurídico do Itamaraty Franchini-Netto dizia respeito ao “Projeto de Lei nº 3.411/84” do então deputado Mário Hato, que autorizava “a celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas do exterior, para a constituição de ‘cidades irmãs-estados irmãos’”. Naquele caso, a opinião do Consultor Jurídico do Itamaraty foi no sentido de que “só o Estado tem capacidade para exercer direitos e contrair obrigações internacionais, vale dizer, o direito de celebrar atos jurídicos internacionais”, razão pela qual concluiu que “não cabe dúvida de que o projeto em apreço, excede à legislação em vigor, contrariando o dispositivo que,

⁶¹ Parecer de Nadia de Araujo, p. 26-27.

⁶² FRANCHINI-NETTO, M. Projeto de Lei – nº 3.411/84. Celebração de acordos e convênios entre prefeituras municipais e governos estaduais com entidades análogas do exterior. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. VII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004, p. 510-517.

dentro da sistemática liberalista, dá à União a competência *privativa* da condução da negociação com Estados estrangeiros” [grifo do original].⁶³

158. Portanto, o parecer de Franchini-Netto jamais cuidou da possibilidade de Municípios brasileiros ajuizarem ações no exterior, pois o que ali se discutia era a possibilidade de Estados-federados e Municípios celebrarem *tratados* com entidades análogas de outros países, o que não é permitido no Brasil. Estava correto, portanto, o parecer do Consultor Jurídico do Itamaraty. O que não está correta é a interpretação que deste entendimento fez a parecerista, que confundiu a manutenção de relações internacionais do Estado – v.g., a celebração de tratados internacionais por entes subnacionais, o que é vedado no Brasil – com atos exteriores de pessoas jurídicas de direito público interno empreendidos no exercício de sua autonomia político-administrativa, sem quaisquer relações com outras potências soberanas enquanto tais.

159. Ademais, há outro aspecto no parecer de Nadia de Araujo que não se sustenta por qualquer maneira, que é exatamente o fato de que, fosse o ajuizamento de ações perante foros estrangeiros um ato atinente à manutenção de relações internacionais do Estado brasileiro, certo é que estariam também os particulares impedidos de ajuizar ações idênticas em tribunais de outros países, pois, ao enquadrar-se um ato como afeto às relações internacionais de uma potência soberana, se está atribuindo efeitos *erga omnes* a todos aqueles (v.g., entes subnacionais, pessoas jurídicas de direito privado ou particulares) que não detêm o qualificativo de Estado estrangeiro ou de organização internacional.

160. Também o parecer de Ellen Gracie Northfleet segue o mesmo entendimento, ao afirmar que “[a] postura inconstitucional dos Municípios vulnera a estrutura federativa brasileira, ofende o preceito da soberania nacional e configura usurpação da competência constitucional da União, de representação do Estado Brasileiro no plano internacional”.⁶⁴ O parecer de Daniel Sarmiento segue, também, a mesma linha de entendimento, afinada com os posicionamentos anteriores.⁶⁵

161. Ora, o ajuizamento de ações no exterior por parte de Municípios brasileiros não usurpa quaisquer competências da União no plano das relações internacionais, justamente por não se tratar de atos soberanos do Estado brasileiro e de manutenção de relações internacionais enquanto tais, senão de atos próprios de pessoas jurídicas de direito público interno praticados no exterior sob a roupagem *jure gestionis*, da mesma forma que poderiam os particulares agir na defesa de seus variados interesses no exterior.

162. Daí não ser aceitável o argumento de violação do pacto federativo brasileiro, tal qual insculpido na Constituição, para vedar aos Municípios o ajuizamento de ações no exterior em nome próprio, contra pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, não havendo que se confundir as coisas: manter relações com Estados

⁶³ Idem, p. 511-513.

⁶⁴ Parecer de Ellen Gracie Northfleet, p. 37.

⁶⁵ Parecer de Daniel Sarmiento, p. 45-46.

estrangeiros é um atributo do Estado brasileiro, ato de soberania, e tal se dá no âmbito das relações internacionais entre o Brasil e outra(s) potências(s) estrangeira(s) ou no plano dos organismos internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, fixando-se no âmbito das relações diplomáticas do Brasil.

163. Nada de similar existe no ajuizamento de ações judiciais perante o Poder Judiciário de país estrangeiro, que não conota, em absoluto, que o Município brasileiro, nos parâmetros de sua autonomia, está se arrogando nas prerrogativas do Estado e, com isso, “mantendo relações com Estados estrangeiros”.

164. O ajuizamento de ações no exterior não representa e jamais representou um meio de manter relações com Estados estrangeiros, quer à luz das regras constitucionais e de Direito Internacional Público em vigor no Brasil, e até mesmo à luz das normas do Direito Internacional Privado brasileiras ou nos termos da legislação do foro em que ajuizadas tais ações, dado que a República Federativa do Brasil, neste caso, não está se “submetendo” involuntariamente ao jugo de outra potência estrangeira.

165. De fato, se os Municípios brasileiros que ajuizaram ações no exterior logram êxito em tais ações e recebem as indenizações pretendidas, qual “submissão” do Brasil estaria havendo no caso? Perceba-se, portanto, a falácia do argumento, que tenta desvirtuar o real conceito e entendimento do que significa manter relações com Estados estrangeiros, para que o autor da ADPF veja-se satisfeito em impedir que tais Municípios logrem a tão necessária recomposição pelos graves prejuízos socioambientais que sofreram com o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

166. Os Municípios são pessoas jurídicas de direito público interno reconhecidas pelo Código Civil brasileiro no art. 41, III, certo de que o próprio Código Civil diferencia tais pessoas jurídicas daquelas pessoas jurídicas de direito público *externo*, que são “os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público” (art. 42). E, como se nota, o Código Civil, ao elencar as pessoas jurídicas de direito público *interno*, não faz distinção entre a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Municípios* em termos de direito e/ou faculdade de agir, sobretudo para a defesa de seus legítimos interesses.

167. Como se percebe, é admirável o esforço que faz o autor da ADPF 1178 na defesa de uma tese insustentável, que, se aceita, acabaria com todas as ações tomadas por Municípios e Estados-federados brasileiros no exterior, sobretudo no âmbito da cooperação internacional em variados âmbitos (*v.g.*, em matéria de educação, saúde, cultura, esporte, meio ambiente, mobilidade urbana etc.) não afetos aos assuntos exteriores do Estado vinculados ao *jus imperii*. Apenas a União, na visão do proponente, poderia agir internacionalmente, se e quando quisesse, deixando Estados-federados e Municípios de mãos atadas para quaisquer atos que demandassem cooperação internacional e defesa de prerrogativas perante qualquer jurisdição estrangeira.

168. Repita-se: é falacioso o argumento do proponente da ADPF 1178 no sentido de estar sendo violada a soberania brasileira (soberania às avessas, diga-se), porque a competência para representar o Estado seria atribuída ao ente central (União). Não

se trata de representação do Estado brasileiro neste caso, frise-se mais uma vez. Aqui se está diante de questão diversa, em que Municípios não pretendem se arrogar na representação exterior do Estado brasileiro, porque não estão agindo em nome do Estado nas relações internacionais com outros Estados estrangeiros ou com organismos internacionais, matéria de Direito Internacional Público, mas tão somente exercendo o seu direito de ação e de acesso à Justiça, em questões privadas que nenhuma relação guardam com temas atinentes às relações do tipo Estado-Estado ou relativas a organismos internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte.

169. Fosse assim, os tribunais de todos os países do mundo jamais poderiam receber ações ajuizadas por pessoas jurídicas de direito público interno, em quaisquer circunstâncias; ajuizar ações perante o Poder Judiciário de país estrangeiro não conota manter relações com Estados estrangeiros, dado que tal relação não se dá o plano Estado-Estado, sendo simples (e necessário) direito de ação e de acesso à Justiça em Estados terceiros.

170. Dizer o proponente da ADPF 1178, ademais, que o fato de Municípios brasileiros ajuizarem ações no exterior buscando os direitos que lhe são inerentes causa um “esvaziamento inconstitucional da jurisdição brasileira” é completamente desarrazoado, para não dizer absurdo.

171. É evidente que a jurisdição nacional não resta “esvaziada” pelo fato de uma pessoa jurídica de direito público interno buscar a satisfação de seus direitos perante um foro estrangeiro, pois, pensar contrariamente, conota desconhecimento de todas as regras e normas do Direito Internacional Privado que lidam, justamente, com o ajuizamento, em foros estrangeiros, de ações judiciais, sobretudo as relativas à reparação de danos.

172. Deve-se, portanto, em razão dos argumentos utilizados pelo proponente da ADPF 1178, compreender qual a real conotação jurídica do conceito de *soberania* estatal e como esta se comporta na contemporaneidade, tema relativamente ao qual me debruçarei nas linhas que seguem, para o fim de responder à questão formulada pelo Consulate.

173. A soberania do Estado, empregada no sentido que se acaba de expor, manifesta-se pela sua capacidade de (a) impor e resguardar, dentro das fronteiras de seu território e em último grau, as suas decisões (*soberania interna*), e de (b) manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, em pé de igualdade com os outros atores da sociedade internacional (*soberania externa*).

174. Portanto, inexiste uma soberania absoluta (sem limites) no plano internacional, mesmo nas relações empreendidas Estado-Estado, pelo fato de todos os Estados serem juridicamente iguais, e também porque a vida da sociedade internacional é regida por normas jurídicas internacionais que hão de ser respeitadas, à luz da regra *pacta sunt servanda*.

175. A verdade é que a concepção tradicional de soberania – tal como formulada por Jean Bodin – muda o foco do seu entendimento para merecer outro, qual seja, o

de que a competência internacional de um Estado exclui todo tipo de dependência em relação aos demais; ou seja, o Estado não pode se obrigar internacionalmente senão pela sua própria vontade e dentro de sua esfera de competência, sem que qualquer outro o obrigue, razão pela qual o Estado atual é “soberano” porque dita suas normas *internas* sem a ingerência de outros; no entanto, uma vez ingressado na sociedade internacional, deve aceitar as regras que esta e o Direito Internacional Público lhe impõem.

176. Portanto, a expressão *soberania* deve ser atualmente entendida como o poder que detém o Estado de impor, *dentro do seu território*, todas as suas decisões (v.g., editar suas leis e executá-las por si próprio); trata-se do poder que, dentro do Estado, é dizer, *internamente*, não encontra outro maior ou de mais alto grau, e por isso se diz que o Estado soberano é aquele que não reconhece nenhum poder superior capaz de ordenar o exercício de suas competências *internas*.⁶⁶

177. A noção de soberania, aliás, sequer é inerente à concepção de Estado, pois surgiu da luta que os Estados nacionais tiveram que travar, externamente, contra a Igreja, que os pretendia colocar ao seu serviço, e contra o Império Romano, que os considerava simples províncias; e, internamente, contra os senhores feudais, que procuravam igualar-se com os Estados, atribuindo-se poder próprio, independente e autônomo.⁶⁷

178. No entanto, curiosamente, sem embargo de desaparecidos os motivos que a determinaram, a concepção de soberania ainda subsiste, embora fragilizada pela pressão das necessidades históricas, notadamente pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que, reagindo incessantemente contra o seu conceito original (definido por Bodin), acabou, *de facto*, por transformá-lo em um “adorno extravagante”, inteiramente vazio de sentido e de expressão.⁶⁸

179. Luigi Ferrajoli, em estudo de vivo interesse, elencou três aporias na ideia corrente de soberania, visando à construção de um *novo conceito*, mais amoldável à realidade contemporânea, que merecem ser aqui resumidas. A primeira aporia diz respeito ao significado filosófico da ideia de soberania, que é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do Direito Internacional moderno; logo, trata-se de um resquício pré-moderno que está na origem da modernidade jurídica e, simultaneamente, em virtual contraste com esta. Ao mesmo tempo, a soberania sempre foi – diz Ferrajoli – uma metáfora antropomórfica de cunho absolutista, mesmo na mudança das imagens de Estado, à qual, de tempos em tempos, foi associada e que ela mesma gerou: desde

⁶⁶ A esse respeito, cf. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117-118.

⁶⁷ Cf. MARTINS, Pedro Baptista. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17.

⁶⁸ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, nº 156, Brasília: Senado Federal, out./dez./2002, p. 169-177; e MARTINS, Pedro Baptista. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 18.

a ideia da soberania como atributo do *princeps* (príncipe) às concepções jacobinas, organicistas e democráticas antes da soberania nacional e depois da soberania popular, até a doutrina juspublicista, vigente no século XIX, do Estado-pessoa e da soberania como atributo ou sinônimo do Estado. A segunda aporia diz respeito à história (teórica e, sobretudo, prática) da ideia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens*, ou seja, como poder absoluto que não reconhece qualquer outro superior. Para Ferrajoli, essa história corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: aquele da soberania interna, que é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; e aquele da soberania externa, que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do século XX com as catástrofes das duas guerras mundiais. Observa Ferrajoli que nem mesmo cronologicamente as duas histórias coincidem: a da soberania externa iniciou-se primeiro e, diferentemente daquela da soberania interna, ainda está longe de concluir-se e continua a mostrar-se como uma ameaça permanente de guerras e destruições para o futuro da humanidade. Por fim, a terceira aporia diz respeito à legitimidade conceitual da ideia de soberania do ponto de vista da teoria do direito, sustentando Ferrajoli haver uma antinomia irreduzível entre *soberania* e *direito*: uma antinomia não apenas no plano do Direito interno dos ordenamentos avançados, em que a soberania está em contraste com o paradigma do Estado de Direito e da sujeição de qualquer poder à lei, mas também no plano do Direito Internacional, em que esta já é contrariada pelas Cartas Constitucionais internacionais hodiernas e, em particular, pela Carta da ONU de 1945 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A proposta final de Ferrajoli é que se chegue a um *constitucionalismo de direito internacional*, notadamente baseado nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos – o que demandaria, desde uma reforma do Estatuto da CIJ, para afirmar, *v.g.*, o caráter obrigatório da sua jurisdição, hoje subordinada à aceitação preventiva dos Estados, até a melhor implementação das ações dirigidas ao desarmamento e ao tratamento de estrangeiros – e na mudança de mentalidade, sobretudo dos países europeus, rumo à aceitação da ideia de *totus orbis*, que hoje pode ser realizada por meio da elaboração de um *constitucionalismo mundial*, capaz de levar a sério as cartas internacionais de direitos humanos e de reconhecer que a falta de garantias efetivas para que tais cartas sejam cumpridas são *lacunas* cujo preenchimento é obrigação da ONU e dos Estados que a esta aderem. Tratar-se-ia de pensar, então, na perspectiva de uma *limitação efetiva* da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente.⁶⁹

180. Assim, pode-se afirmar, com segurança, que a “soberania” que os Estados ainda têm não é absoluta, tampouco desgobernada, e apesar de ter surgido como um direito de natureza total e sem fragmentações, tal não conota que, atualmente, o conceito não deva respeitar os interesses legítimos de entes que buscam a satisfação

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1-63.

de seus direitos em foros estrangeiros relativos à tutela dos direitos humanos *lato sensu*, não se podendo negar – como bem lembra Paulo Roberto de Almeida – que o Direito Internacional vem se encaminhando nessa direção, qual seja, “a da diminuição progressiva dos espaços de liberdade alocados aos Estados nacionais na determinação de regras pelas quais se devem pautar esses mesmos Estados na administração dos vários tipos de intercâmbio econômico ou no tratamento dos cidadãos”.⁷⁰

181. Como já tive a oportunidade de dizer alhures, se há um conceito incongruente com o da proteção dos direitos humanos esse conceito é o de soberania, pois irreconciliáveis todos os seus fundamentos.⁷¹

182. Nesse sentido, o fetiche da “soberania” que vem à baila na inicial da ADPF 1178 e nos pareceres que a acompanham não resiste ao fato de que, em verdade, toda a questão de fundo deste caso reside em clara e direta violação aos direitos humanos de milhares de pessoas que sofreram e ainda sofrem com as tragédias causadas pelas empresas mineradoras no rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, em violação direta aos *Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos*, de 2011.

183. Em suma, soberania é um atributo ainda existente no Estado que faz com que sua conduta seja direcionada pelos seus próprios atos, não podendo servir, evidentemente, para prejudicar ou embaraçar o intento do próprio Estado ou de seus entes subnacionais em questões de interesses particulares seus, sobretudo à vista das dificuldades em lograr satisfação adequada aos prejuízos sofridos.

184. Os entes subnacionais dos Estados não podem, assim, ser responsáveis (também aqui, “às avessas”) por violar a soberania do ente maior do qual *também* fazem parte, como é o caso dos Estados-federais como o Brasil, que alocam os Municípios no esquema constitucional da federação, junto à União, os Estados-federados e o Distrito Federal.

185. Toda ação do Estado voltada a embaraçar as atividades dos entes federativos nacionais, tomadas em seu absoluto favor, quer no Brasil ou no exterior, no âmbito de sua autonomia político-administrativa, não resiste ao exame de compatibilidade das obrigações do Estado brasileiro de proteção da Nação contra investidas ilícitas de atores externos, sobretudo privados, voltadas a prejudicar interesses de quaisquer dos entes subnacionais.

186. Portanto, quanto ao quarto quesito, tem-se como certo que não há qualquer violação à soberania nacional no ajuizamento de ações em foro estrangeiro contra empresas privadas estrangeiras por parte de entes municipais brasileiros, dado o interesse do próprio Estado brasileiro na resolução das questões objeto dos litígios

⁷⁰ ALMEIDA, Paulo Roberto de. Governança econômica global e democracia preventiva: reflexões sobre a democratização do sistema internacional. In: HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). *Política social internacional: consequências sociais da globalização*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 111-112.

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 39, nº 156, out./dez. 2002, p. 169-177.

estrangeiros levados a cabo pelos Municípios, integrantes que são da federação brasileira e, portanto, partes do Estado brasileiro em seu todo soberano.

QUANTO AO QUESITO Nº 5

Quais os potenciais efeitos de uma decisão do STF ordenando que os Municípios suspendam os processos que atualmente tramitam nas cortes da Inglaterra e País de Gales, em que a jurisdição dessas cortes já foi confirmada?

187. O derradeiro requisito que me formula o Consulente diz respeito à questão dos efeitos de eventual procedência da ADPF 1178, ordenando a suspensão das ações em trâmite no exterior. Em tais ações, a jurisdição das cortes da Inglaterra e País de Gales restou já confirmada, segundo as regras processuais em vigor na *lex fori*, com submissão das ações propostas aos julgamentos em curso. Os entes subnacionais brasileiros que figuram como autores das ações aguardam, por sua vez, as decisões de mérito da Justiça estrangeira.

188. Neste caso, certo é que, se o STF ordenar que os Municípios brasileiros suspendam os processos que atualmente tramitam nas cortes da Inglaterra e País de Gales, em que a jurisdição dessas cortes já foi confirmada, estaria a Suprema Corte, a um só tempo, se imiscuindo na gestão dos interesses municipais e, também, embaraçando o funcionamento da Justiça estrangeira, pois obstaría as cortes da Inglaterra e País de Gales a darem continuidade às ações já intentadas pelos entes municipais brasileiros, com jurisdição já confirmada.

189. Daí a necessária indagação: poderia a Suprema Corte, legitimamente, impedir que Municípios brasileiros busquem a compensação dos prejuízos sofridos em seus territórios por atos de empresas estrangeiras com as ações intentadas no exterior? Em outros termos, poderia o STF impedir a tais pessoas jurídicas de direito público interno o direito de ação e o acesso à Justiça em foros estrangeiros, para a defesa de seus legítimos interesses?

190. O direito de ação é amplo e não limitativo e pode (deve) ser exercido por todas as maneiras possíveis, sem restrição, sobretudo se, no exterior, o Poder Judiciário local conheceu da demanda e julgou-a procedente, não devendo o STF impedir o direito de acesso à Justiça de entes municipais brasileiros, dado não ser requerida, para tanto, qualquer representação da União ou autorização do Senado Federal, como já se verificou.

191. Ademais, a competência para processar pleitos judiciais é do poder que se declara competente, conforme a sua lei de regência, independentemente da lei aplicável ao mérito da causa, conforme as regras processuais e do Direito Internacional Privado da *lex fori*.

192. Nesse sentido, se as cortes estrangeiras declaram-se competentes para tanto, aceitando as ações propostas pelos Municípios brasileiros, inclusive com julgamento de mérito procedente para tais proponentes, certo é que não pode a cúpula do Poder Judiciário brasileiro arrogar-se em órgão limitador da competência

de tribunais pertencentes a terceiros Estados, pois, no âmbito do Direito Internacional Privado, a autonomia do Poder Judiciário estrangeiro e suas competências não de ser sempre respeitadas localmente, sendo as únicas limitações as relativa à aplicabilidade doméstica das decisões estrangeiras que violam a ordem pública ou as leis internas de aplicação imediata (*lois de police*).

193. Nesse sentido, deve o STF, seguramente, confirmar a jurisdição das cortes da Inglaterra e País de Gales para o julgamento das ações propostas pelos Municípios brasileiros, dado que todas as condições para que Municípios brasileiros ajuízem ações no exterior são lícitas, desde que não vedadas em lei. De fato, nos termos do art. 122 do Código Civil brasileiro, “[s]ão lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”, certo de que nenhum desses aspectos existe neste caso concreto, a impedir que Municípios brasileiros ajuízem ações perante foros estrangeiros para a salvaguarda de seus interesses particulares.

194. Ademais, impedir que a jurisdição estrangeira tome conhecimento dos atos ilícitos praticados por suas empresas em territórios de outros Estados vai ao encontro do dever de cooperação internacional para a repressão de ilícitos, pois retira das cortes estrangeiras a obrigação de zelo que devem ter relativamente à conduta de suas corporações (ou a elas coligadas) atuantes em outras jurisdições.

195. O STF é o braço judiciário do Estado brasileiro e, como tal, atua em nome do Estado, não podendo andar na contramão da proteção que deve destinar a todos aqueles que sofreram e ainda sofrem com o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, notadamente os munícipes das cidades afetadas. Nesse sentido, a ação dos Municípios brasileiros de buscar indenizações na Justiça estrangeira contra as empresas estrangeiras responsáveis pelas tragédias socioambientais ocorridas há de ser reforçada pela cúpula do Poder Judiciário brasileiro, e não o contrário.

196. Atualmente, o conceito que vem à luz quando se está diante de casos como este é o de jurisdição universal em matéria de direitos humanos, que permite que o Poder Judiciário de todos os países empreenda esforços comuns para a defesa e proteção dos direitos humanos, sejam de nacionais ou de estrangeiros. Aqui se está diante, como já se verificou, de caso afeto à violação de direitos humanos de munícipes de dezenas de Municípios afetados pelo rompimento das barragens, certo de que, por detrás de entes estatais, há *pessoas*, é dizer, *seres humanos* que merecem a devida proteção no foro que melhor lhes atender.

197. Ao julgar a total improcedência da ADPF 1178 o STF fará justiça às dezenas de Municípios brasileiros e aos milhares de pessoas prejudicadas com os ilícitos decorrentes dos atos empresariais citados, colocando termo, definitivamente, a discussões completamente desarrazoadas como esta que veio à luz na presente ação do controle abstrato de normas, representativa do quanto as atividades empresariais têm sido atroz com a proteção dos direitos de entes subnacionais brasileiros e, em consequência, de homens e mulheres que saldam os seus impostos e, muitas vezes,

não recebem do Estado a proteção de direitos que as ordens interna e internacional lhes assegura.

198. Portanto, em resposta ao quinto quesito, tem-se como certo que não cabe ao STF (i) impedir que entes municipais brasileiros exerçam o seu direito de ação e de acesso à Justiça, para o fim de verem-se ressarcidos dos milhares de danos socioambientais causados em razão do trágico rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, (ii) não devendo embaraçar o bom funcionamento da Justiça de Estados estrangeiros nas ações afetas aos entes subnacionais pátrios, (iii) devendo, ao revés, reconhecer o conceito de jurisdição internacional em matéria de direitos humanos, como imperativo ético a que faz jus a emancipação da proteção da pessoa humana nos níveis regionais e global.

CONCLUSÕES

199. Ao fim e ao cabo desta exposição, penso ter esclarecido ponto a ponto e dirimido todas as dúvidas que o Consulente pretendeu ver resolvidas, para o fim de rechaçar a tese que se pretende levar a cabo com a propositura da ADPF 1178 perante o STF.

200. A título conclusivo, sintetizo, a seguir, a exposição teórica realizada no decorrer do presente Parecer, que diz respeito à possibilidade jurídica de Municípios brasileiros litigarem, *sponte sua*, perante cortes estrangeiras contra pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, para a defesa de seus interesses legítimos:

I. Não se aplica, no caso em tela, a teoria da imunidade de jurisdição aos entes municipais brasileiros que pretendem ajuizar ações contra entidades privadas estrangeiras perante o Poder Judiciário de Estado estrangeiro, dado que a teoria da imunidade de jurisdição só guarda aplicação aos casos *jure imperii* em que se pretende processar, perante uma potência estrangeira, outro ente soberano estrangeiro, jamais quando um ente nacional demanda, em ação privada no exterior, pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras, sendo a ação aceita pelo Poder Judiciário local.

II. Não é cabível a representação da União para que Municípios brasileiros exerçam o seu direito de ação e de acesso à Justiça e vindiquem os seus direitos em foro estrangeiro, em causas privadas contra empresas privadas estrangeiras, no exercício de seu *jure gestionis*, pois os Municípios são pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia político-administrativa, além do que suas relações com o Poder Judiciário estrangeiro fogem ao âmbito da manutenção das relações internacionais do Brasil, como seria o caso, *v.g.*, da declaração de guerra, da celebração da paz, da nomeação ou recebimento de representantes diplomáticos, da celebração de tratados ou da participação do Estado em organizações internacionais.

III. O ajuizamento de ações no exterior por Municípios brasileiros pertence ao âmbito das relações cíveis entre pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, sem qualquer conotação de pedido de auxílio financeiro internacional, como é o caso das solicitações de auxílio enviadas a bancos privados ou a consórcios de bancos privados

estrangeiros ou a organismos econômicos ou financeiros internacionais, a exemplo do FMI, razão pela qual nada de similar existe com as operações externas de natureza financeira de interesse municipal, a que alude o art. 52, V, da Constituição Federal, pelo que não há que se falar em autorização prévia do Senado Federal para que exerçam os Municípios o seu direito de ação e de acesso à Justiça em foros estrangeiros.

IV. Não há violação à soberania brasileira no ajuizamento de ações no exterior por parte de Municípios brasileiros, na busca de ressarcimentos por prejuízos causados por atos de empresas privadas estrangeiras em seus territórios, senão exatamente o contrário, dado que soberania é poder existente no Estado – do qual o Município faz parte e, portanto, por ela também deve estar amparado – que o resguarda de ingerências indevidas externas, jamais podendo servir para impedir que entes subnacionais brasileiros, pertencentes à própria estrutura do Estado, vejam-se impedidos de buscar a satisfação de seus interesses legítimos em foros estrangeiros.

V. Inexiste autorização constitucional para que o STF decida por impedir entes municipais de exercerem o seu direito de ação e de acesso à Justiça perante foros estrangeiros, pois tal representaria ingerência indevida da Suprema Corte brasileira na gestão precípua dos interesses municipais e, também, embaraço ao processamento das ações e ao funcionamento da Justiça estrangeira, dado que, no âmbito do Direito Internacional Privado, apenas violação à ordem pública e às normas de aplicação imediata (*lois de police*) impediriam a concretização de efeitos das decisões estrangeiras no Brasil e, portanto, o recebimento de indenizações pelos Municípios, em razão de processos intentados perante o Poder Judiciário estrangeiro.

201. A conclusão geral deste Parecer, portanto, é no sentido de ser *plenamente legítima* a ação dos Municípios brasileiros que contrataram escritórios de advocacia no exterior e ajuizaram ações em foros estrangeiros para verem-se recompensados dos incontáveis prejuízos socioambientais decorrentes do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

É o que me parece, s.m.j.

Cuiabá-MT, 31 de julho de 2024.

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI⁷²

⁷² Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP, campus de Franca. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da UFRGS, UEL e PUC-SP. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Advogado. Consultor Jurídico.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais
5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora
Controle Externo da Atividade Policial
Direitos Humanos
Defesa da Ordem Econômica e Tributária

Ilmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais
Dr. JARBAS SOARES JÚNIOR

O signatário, 5º Promotor de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, atuando no exercício da atribuição do Controle Externo da Atividade Policial, com fundamento no art. 127, parágrafo único I c/c art. 43, VIII da Lei 8.625/1993 (LONMP); art. 18, I, 21, XXXI, art. 66, II, art. 67, IV e XII, art. 69, I, da LC estadual 34/1994 (LOEMPMG), vem apresentar a V.S. REPRESENTAÇÃO para encaminhamento à CONAMP, entidade de classe de âmbito nacional, a fim de que possa, usando da legitimidade universal prevista no art. 103, IX da Constituição Federal c/c art. 2º, I da Lei 9.882/1999, avaliar e ajuizar ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF-88, art. 102, § 1º c/c Lei 9.882/1999) perante o Supremo Tribunal Federal, com os fundamentos a seguir apontados:

I - BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

Entre os meses de agosto e novembro de 2023 deram entrada na 5ª Promotoria de Justiça de Juiz de Fora, responsável pelo Controle Externo da Atividade Policial na Comarca (RESOLUÇÃO Nº 4 CAPJ, DE 8 DE ABRIL DE 2022) duas *notícias de fato* e um *Inquérito Policial Militar*, judicializado na Auditoria de Justiça Militar Estadual sob número 2001413-84.2023.9.13.0002, expedientes noticiados e instaurados para averiguação de LETALIDADE POLICIAL de vítimas civis, fatos ocorridos em Juiz de Fora.

A *Notícia de Fato 0024.23.019612-3* foi instaurada em 21/11/2023 pelo CAO DIREITOS HUMANOS, CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E APOIO COMUNITÁRIO-BH, recebendo o registro SRU 0145.23.002353-6 na 5ª Promotoria de Justiça de Juiz de Fora.

A *Notícia de Fato* retro, está embasada no REDS 2023-053766430-001, lavrado em 18/11/2023 pela PMMG, o qual aponta o *civil* BRUNO HENRIQUE SAHB DA SILVA, vítima de letalidade policial.

O nominado REDS 2023.053766430-001 originou o Inquérito Policial Militar 118.475/23 - 4ª CIA PM IND PE Juiz de Fora - para apurar crime capitulado no art. 205 do CPM.

A *Notícia de Fato 0024.23.019615-6* foi instaurada em 21/11/2023 pelo CAO DIREITOS HUMANOS, CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E APOIO

COMUNITARIO-BH, recebendo o registro SRU 0145.23.002354-4 na 5ª Promotoria de Justiça de Juiz de Fora.

Nela, igualmente, há o registro de letalidade policial.

Embora a vítima fatal não fosse imediatamente identificada no REDS 2023-053980530-001, lavrado em 20/11/2023 pela PMMG, a identificação do ofendido foi feita no REDS 2023.0053937717-001, também lavrado pela PMMG, como sendo o *civil* OSMAR OLIVEIRA DOS SANTOS.

O REDS 2023-053980530-001 deu origem ao IPM 118.476/23/2º BPM, instaurado mediante Portaria, para apuração de fato descrito no art. 205 do CPM.

Em atendimento ao AVISO CONJUNTO PGJ CGMP N° 1/2023, em conformidade com decisão do STF nas Adi 6298, 6299, 6300 e 6305, as notícias de fato 0145.23.002353-5 e 0145.23.002354-4 retrorreferenciadas foram convertidas em PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS, os quais receberam os registros SEI MPMG 19.16.0660.0152114/2023-75 e SEI MPMG 19.16.0660.0152142/2023-95, respectivamente.

Na data de 16/11/2023 foi distribuído à 2ª Auditoria de Justiça Militar Estadual o Inquérito Policial Militar 114.509/23/4ª CIA PM IND PE, Juiz de Fora, o qual, judicializado, recebeu o número 2001413-84.2023.9.13.0002.

O nominado IPM foi instaurado por Portaria, tendo por base o REDS 2023-040762984-001, lavrado em 31/08/2023, nele figurando como vítima o *civil* RAÍ EDUARDO TAVARES, o qual foi atingido por disparo de arma de fogo efetuado por agentes policiais militares, em ação de patrulhamento ostensivo.

O Histórico da Ocorrência contido no REDS 2023-040762984-001 relata a realização de disparos de arma de fogo da corporação militar contra o civil retronominado, no bairro Santa Cândida, Juiz de Fora, fato realizado na data de 30/08/2023, porém registrado em 31/08/2023.

Sucessivamente, o nominado IPM 114.509/23/4ª CIA PM IND PE foi encaminhado à 2ª AJME, recebendo o número 2001413-84.2023.9.13.0002, sendo redistribuído à Vara do Tribunal do Júri de Juiz de Fora, sob o registro SISCOM TJMG 0048442-10.2023.8.13.0145, por declínio de competência.

Portanto, entre os meses de agosto e novembro/2023, foram registrados três casos de letalidade policial em Juiz de Fora. Em todos, são autores policiais militares lotados na 4ª RPM - Juiz de Fora.

II - ATO NÃO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO ESTADUAL VIOLADOR DE PRECEITO FUNDAMENTAL

No estado de Minas Gerais, a Polícia Militar, por ato não normativo do seu Comando Geral recomenda, determina e autoriza que investigação de homicídio doloso contra vítima civil permaneça com a Autoridade de Polícia Judiciária Militar, a pretexto da legitimidade constitucional e que referidos crimes são materialmente militares, atraindo o IPM como instrumento investigatório preliminar.

Referido Ato Administrativo se encontra, em substância, contido em dois documentos a seguir nominados: 1) *Ofício 11.213/2021/Ass. Jud. GCG, Polícia Militar de Minas Gerais*, segundo o qual o Sr. Comandante Geral da PMMG informou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais o posicionamento da instituição em face de Recomendação MPMG 01/2021 nos autos 0029248-20.2020, sobre a *competência de apuração em IPM de crime doloso contra a vida de civil* (documento anexo); 2) *Instrução Conjunta de Corregedorias nº 2 - Separata do BGPM nº 12. Polícia Militar de Minas Gerais, 2014* (documento anexo).

Este último ato não normativo, originário das corregedorias da PMMG e CBM, padroniza as atividades de Polícia Judiciária Militar em Minas Gerais, prevendo que:

A notícia de fato previsto como crime doloso contra a vida (crimes contra a pessoa tipificados no CPM: art. 205 – homicídio consumado e tentado; art. 207 – provocação direta, indireta e auxílio a suicídio), praticado por militar em serviço ou agindo em razão da função, contra civil, nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM, será investigada pela Polícia Judiciária Militar, por intermédio de Inquérito Policial Militar ou Auto de Prisão em Flagrante.

O Comando-Geral da PMMG, no Documento 1 retrorreferido, ao se recusar o encaminhamento de IPMs à Polícia Civil, em casos de violência letal contra civil, praticada por agentes militares sustenta: a) crime praticado por militar em serviço ou atuando em razão da função, *contra civil*, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, aperfeiçoa-se como *crime militar* (art. 9º, II, “c” do CPM); b) a competência para apuração de crimes militares e da sua autoria é da Polícia Judiciária Militar (art. 8º, “a” do CPPM); c) a Lei 13.694/2019 alterou o CPPM incluindo o art. 16-A, determinando que nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação em fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma tentada ou consumada, incluindo as situações dispostas no arts. 42 e 47 do Código Penal Militar, o indiciado poderá constituir defensor; d) em se tratando de uso de força letal praticada no exercício profissional contra civis, o instrumento investigatório é o Inquérito Policial Militar; e) não compete à Polícia Civil a investigação de crimes militares (Constituição Federal, art. 144, § 4º; art. 139 da Constituição do Estado de Minas Gerais); f) a competência constitucional do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, atribuída ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “d” da Constituição Federal; art. 9º, §1º do CPM) não altera a *natureza militar* do crime g) a função de Polícia Judiciária Militar é exercida pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros Militar (art. 142, III da Constituição do Estado de Minas Gerais); h) o STF (ADI 1.494-3/DF), em sede de medida liminar, decidiu que há aparente validade constitucional do art. 82, § 2º do CPPM, com redação dada pela Lei

nº 9.299/1996, admitindo a investigação penal em sede de IPM nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil.

O mesmo posicionamento é adotado por Unidades Militares no Estado de Minas Gerais, como decorrência da Instrução Conjunta de Corregedorias nº 02 - Separata do BGPM nº 12 - Polícia Militar de Minas Gerais, 2014, do que é apenas exemplo a 4ª RPM (Juiz de Fora), que, em Comunicação feita por Ofício 41/2023/4ª RPM ao Ministério Público, adota o entendimento que a competência para a apuração de crimes dolosos contra a vida de civil é feita em Inquérito Policial Militar (documento anexo).

Segundo o Comando da 4ª RPM Juiz de Fora, a competência para o julgamento de determinado crime não altera a sua natureza; questão procedimental – remessa à Vara do Tribunal do Júri –, não interfere na natureza material do crime doloso contra a vida praticado contra civil; a Constituição Federal, art. 144, § 4º, retirou da Polícia Civil a atribuição de investigar infrações penais militares; a Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 142, III, atribui à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar a função de Polícia Judiciária Militar; a Lei 13.694/2019 incluiu o art. 16-A no CPPM, reafirmando a atribuição investigativa da autoridade de polícia judiciária militar nas notícias de fato relacionadas ao uso da força letal praticada no exercício profissional; no julgamento da ADI 1.494-3/DF, o STF admitiu a possibilidade de coexistência do Inquérito Policial e do IPM para apurar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil.

O cenário jurídico-político resultante deste quadro institucional está ainda por pacificar-se, o que aponta para a necessidade e intervenção do STF no desempenho da função de guardião da Constituição no campo do controle de constitucionalidade concentrado (art. 102, “*caput*” CF-88).

O STF, em decisões-paradigma, entende que caberá ao Juízo Militar encaminhar os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum, nos termos do art. 82, § 2º do CPPM (RE 1262542 AgR, relator Min. Alexandre de Moraes, j. 15/05/2020; RE 1224733 AgR, relator Min. Alexandre de Moraes, j. 13/09/2019), explicitamente validando a investigação de crime doloso contra a vida de civil feita por IPM, ou, implicitamente, ao excluir da Justiça Militar a competência para o arquivamento do Inquérito Policial Militar que contenha investigação de crime doloso contra a vida de civil (RE 1409174 AgR, relator Min. Luiz Fux, j. 13/12/2022).

O STJ, em ocasiões nas quais foi chamado a pronunciar-se, entendeu ser possível que sendo o caso de homicídio praticado por policiais militares, a manutenção concomitante do inquérito civil para apurar a prática do crime doloso contra a vida, e do inquérito promovido pela Polícia Militar, visando a investigar a prática de suposta transgressão militar (AgRg no RHC 112726/PR, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T. j. 26/05/220).

A mesma Corte, no entanto, no AgRg no RHC 122680/PR, 5ª Turma, decidiu que, tendo previsão constitucional a competência da Justiça Militar, art. 125, § 4º, o inquérito pode ser conduzido pela Polícia Civil, pois, aplicada a teoria dos poderes

implícitos, emerge da competência de processar e julgar o poder/dever de conduzir administrativamente inquéritos policiais (relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 03/03/2020), posição que foi ratificada no julgamento do Conflito de Competência 144.919/SP, relator Min. Felix Fischer, 3ª T, j. 22/06/2016).

Enquanto esta disputa sobre o monopólio da investigação criminal na violência letal contra civis padece de indefinição, a escalada deste quadro político-social desafia a intervenção da Corte Constitucional, o que espero explicar no item III a seguir.

III - CABIMENTO DA ADPF

Sob o olhar interdisciplinar, é notável a constatação de pesquisadores, no campo das ciências sociais, que, analisando o quadro da letalidade policial e da sua “*accountability*” no Brasil, observam que a simples definição sobre qual corporação (Polícia Militar ou Civil) deve conduzir essas investigações se transformou em um acirrado campo de disputas corporativas nos estados (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO “*Visando repelir injusta agressão*”: uma sociologia dos *accounts* policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

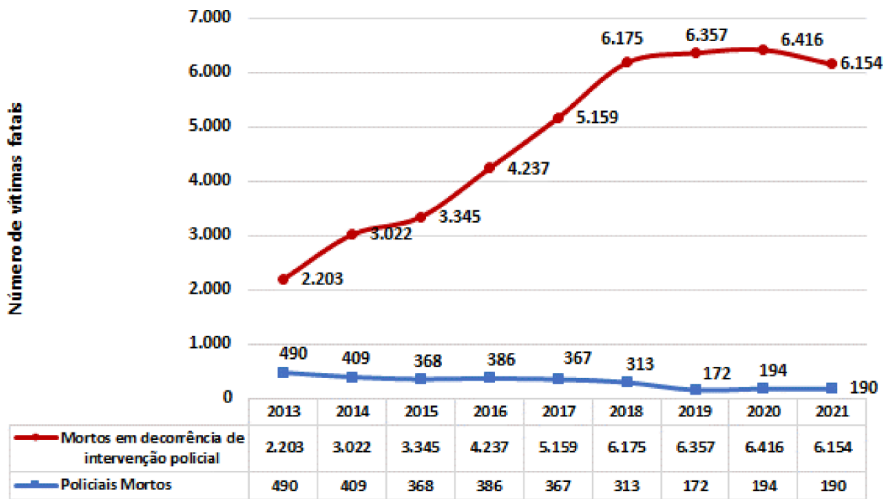
O cenário fático delineado no item - I - desta Representação, referido aos três casos de letalidade policial no ano de 2023, na cidade de Juiz de Fora, é muito restrito, no entanto. E poderia levar à apressada conclusão de que a ADPF não poderia ser ajuizada, pelo critério da subsidiariedade (art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999).

No entanto, como se observa da orientação institucional e da ação concreta do Comando Geral da PMMG, o problema é sistêmico no estado de Minas Gerais e decorre da errônea interpretação de dispositivos infraconstitucionais, para impô-los à Constituição.

A Polícia Militar, no estado, mantém sob seu domínio o poder de condução de investigações afetas a outra instituição de Segurança Pública, em detrimento do sentido constitucional dos textos que serão adiante referenciados, para impor aos cidadãos-vítimas violação a preceitos fundamentais da Constituição, em especial, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) o direito à vida (art. 5º “*caput*”), o direito à segurança (5º, “*caput*” e art. 144) e o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), suprimindo-o, desde a fase investigatória, aos próprios investigados, agentes militares.

A sociologia da quantificação (BUENO; LIMA; COSTA. *Quando o Estado mata: desafios para medir os crimes contra a vida de autoria de policiais*. Sociologias. Porto Alegre, ano 23, n. 56, jan.-abr. 2021, p. 154-183), aqui tomada como suporte para a explanação sobre o aniquilamento a preceitos fundamentais, aponta que, no Brasil, o quadro da letalidade policial, ano de 2021, apresentou 6.145 pessoas vítimas letais de intervenções policiais.

O Gráfico 1, a seguir, exprime os dados estatísticos encontrados.



LETALIDADE E VITIMIZAÇÃO POLICIAL NO BRASIL - 2013-2021

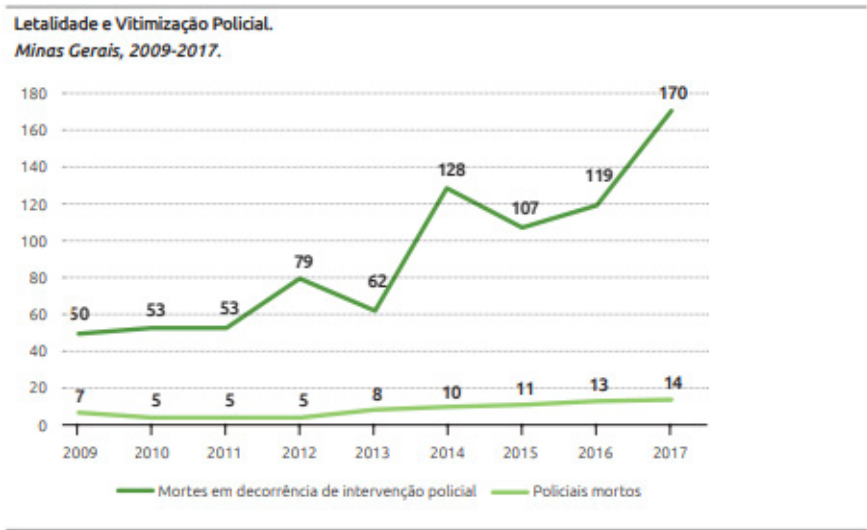
Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021

No contexto espacial de Minas Gerais, dois importantes estudos, baseados na quantificação de dados oferecidos pela Secretaria de Estado de Segurança Pública de Minas Gerais (SESP/MG), apontam os indicadores da letalidade policial.

O Gráfico 2 acusa os registros de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2009 e 2017. O Gráfico 3 ratifica a tendência crescente da letalidade, entre 2009 e 2021.

Os gráficos são complementares e apontam para o que especialistas denominam de “tendência de forte aumento em Minas Gerais dos casos de letalidade policial” (ZILLI; COUTO; FIGUEIREDO; BATITUCCI; MARINHO; CRUZ. *Letalidade e vitimização policial em Minas Gerais: características gerais do fenômeno em anos recentes*. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo, vol. 14, n. 2, ago./set. 2020, p. 46/63).

Gráfico 2



Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP/MG)

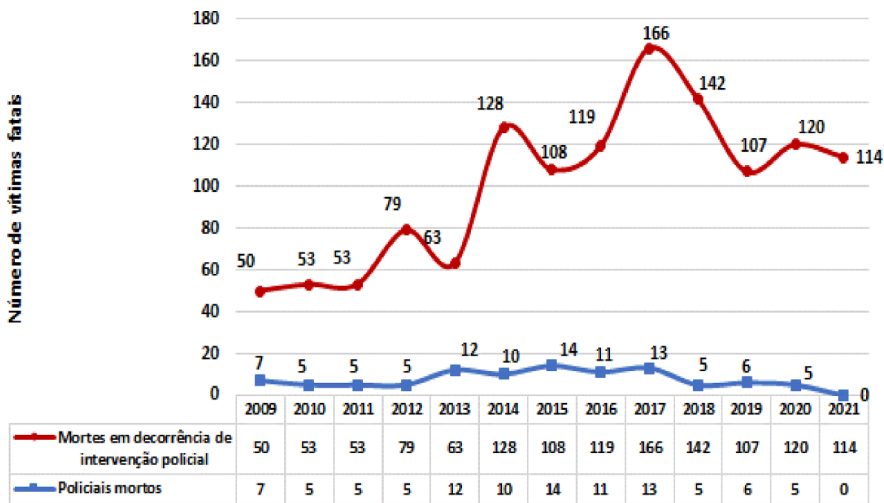
Os dados apontam que o Estado registrou 821 mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2009 e 2017, perfazendo uma média de pouco mais de 91 homicídios anuais praticados pelas forças policiais ao longo deste período, com crescimento bruto de 240% entre o primeiro e o último ano da série analisada, saltando de 50 vítimas, em 2009 para 170, em 2017.

O número de policiais mortos em confrontos também apresentou uma tendência de aumento ao longo do mesmo período, oscilando de 7 agentes assassinados em 2009 para 14 mortos em 2017 (ZILLI; COUTO; FIGUEIREDO; BATITUCCI; MARINHO; CRUZ. *Letalidade e vitimização policial em Minas Gerais: características gerais do fenômeno em anos recentes*. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo, vol. 14, n. 2, ago./set. 2020, p. 46/63).

O Gráfico 3, a seguir, exprime a confirmação da tendência expressa no gráfico 2.

Segundo os dados divulgados pela Secretaria de Estado de Segurança Pública de Minas Gerais (SESP/MG), entre 2009 e 2021, foram registrados 1.302 casos de violência letal, consoante o seguinte:

Gráfico 3



Fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública de Minas Gerais (SESP/MG)

A leitura destes dados acusa que Minas Gerais tem experimentado, de fato, um forte aumento de seus indicadores de letalidade policial.

Entre 2009 e 2021, o número de mortes decorrentes de intervenções policiais teve um aumento bruto de 128%, saltando de 50 óbitos no primeiro ano da série, para 114 no último (com pico de 166 mortos pela polícia em 2017) (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO. *“Visando repelir injusta agressão”: uma sociologia dos accounts policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais*, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

O contexto espaço-temporal de Minas Gerais não está em dessintonia com o contexto nacional, o qual tem apontado, desde a passagem para a redemocratização do país, uma escalada ímpar da violência policial (ADORNO. *Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades*. “In”: Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX (Org. ZAVERUCHA). Recife, 1998, p. 151-189).

Nos anos de 2022 e 2023, no estado de Minas Gerais, os dados encontrados na Lei de Acesso à Informação indicam que foram mortas, respectivamente, 144 e 133 pessoas, vítimas de ações letais da polícia.

O gráfico 4, a seguir, exprime a letalidade policial no período de apenas seis anos, durante os quais atingiu mortalmente 747 pessoas.

O gráfico 4 é utilizado com a finalidade de apontar a atualização dos números da letalidade policial em Minas Gerais nos anos de 2022 e 2023, já que o Gráfico 3, retrorreferido, inicia-se em 2009 e evolui até o ano de 2021.

Gráfico 4



Fonte: Lei de Acesso à Informação

**Fontes: Lei de Acesso à Informação e G1 Minas Gerais
(<https://g1.globo.com/mg>. Acesso em 02/05/2024)**

Um importante marcador neste paradigma de aumento da letalidade policial deve ser fixado.

Tomando como premissa o fato de que a investigação policial está a cargo da autoridade de Polícia Judiciária Militar, quais seriam os resultados desta investigação e quais as respostas se pode esperar da instituição responsável pela persecução, no que diz respeito à aplicação da lei e ao respeito aos direitos fundamentais das vítimas-sobreviventes e dos cidadãos que, de uma forma ou de outra, se tenham envolvido com os eventos de defesa social nos quais apareça a violência letal?

Preocupado, exatamente, com isto, o CNMP editou a RESOLUÇÃO Nº 129, DE 22 DE SETEMBRO DE 2015, estabelecendo regras mínimas de atuação do Ministério Público no controle externo da investigação de morte decorrente de intervenção policial, ato vinculante editado entre outros fundamentos, na existência de *diplomas internacionais* que estabelecem a obrigação do Estado de investigar de forma eficiente e imparcial as violações de direitos humanos praticadas por profissionais de segurança e

na necessidade de atenção para a causa do crescente número de mortes em operações policiais, cuja elucidação e combate reclamam a garantia de uma investigação imediata, específica, imparcial, célere e eficaz dos casos de letalidade policial.

A despeito desta regulamentação, estudos e abordagens procedentes das ciências sociais apontam que a permanência da investigação no âmbito da Polícia Militar não sinaliza comprometimento com os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, com a construção de uma sociedade livre de ilegalidades ou abuso de poder, ou a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, a observância dos princípios informadores das relações internacionais, notadamente a prevalência dos direitos humanos (art. 1º, III, art. 3º, I e IV, e art. 4º, II da Constituição Federal), ou com a garantia à segurança (art. 5º “*caput*” e art. 144 da Constituição Federal).

A ADPF é o instrumento adequado para tratar, em âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, matéria estritamente ligada aos direitos humanos.

“Um modelo de segurança que se preocupe com a contenção e controle do Estado em relação ao direito dos cidadãos não pode furtar-se à constatação de que segurança é igualmente um direito humano – aliás, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por outro lado, o sistema de Justiça Criminal em geral e a atuação policial em particular serão tanto mais eficientes no exercício de suas funções de dissuasão quanto mais amparados pelas pessoas e comunidades nas quais atuam”. (BEATO FILHO *Políticas públicas de segurança e a questão policial*. In: São Paulo em Perspectiva: São Paulo, vol. 13, 1999, p. 25).

A despeito de toda retórica institucional desenvolvida em torno da legitimidade-constitucionalidade da permanência da investigação dos casos de violência letal com a Polícia Judiciária Militar, mesmo quando os seus agentes foram os autores dos homicídios que vitimaram civis, estudos interdisciplinares específicos apontam em sentido oposto, ou seja, que “não há investigação e acompanhamento adequado das ocorrências com resultado morte envolvendo policiais” (BUENO. *Letalidade na ação policial*. “In”: Crime, polícia e justiça no Brasil. Org. LIMA; RATTON; Azevedo. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 516; NASCIMENTO; GRILLO; NERI. *Autos com ou sem resistência: Uma análise dos inquéritos de homicídios cometidos por policiais*. 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, out. 2009).

Como apontam importantes investigações no segmento da sociologia da segurança pública, a disputa em torno do monopólio investigativo das mortes decorrentes de intervenções policiais, na verdade, está inserida em uma disputa maior sobre o próprio sentido das políticas de segurança pública e da busca de legitimidade do uso da força letal pelas polícias (BUENO; LIMA; COSTA. *Quando o Estado mata: desafios para medir os crimes contra a vida de autoria de policiais*. Sociologias. Porto Alegre, v. 23, n. 56, p. 154-183, 2021).

É muito evidente que esta disputa institucional, com vacilantes decisões dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, vale dizer, STJ e STF, repercute também nos direitos fundamentais, na medida em que são os cidadãos, em linha imediata, aqueles que deverão suportar os efeitos das políticas institucionais, sendo toda a sociedade implicada no avanço da violência letal causada pelo Estado, não sendo pensável qualquer instituição democrática que não se pautе na cidadania, na preservação da vida e no controle da violência.

Aliás, a configuração da Polícia no Estado de Direito passa pela ideia de que ela deva estar a serviço do direito e da lei, pois ela recebe o seu mandato de ação diretamente do povo, “*verbis*”: “(die Polizei) steht in Dienst des Rechts und des Gesetzes und übt ihr Mandat in Übereinstimmung mit der Bevölkerung aus” (SCHNEIDER. *Polizeiwissenschaft, -theorie und -forschung*. Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1. Part 2. Berlin: Der Gruyter Recht: 2007, p. 922).

Pois bem, a despeito da existência de acutiladas críticas à ação conivente e tácita de operadores externos às agências policiais (juizes e promotores), quando defrontados com a violência letal praticada pela polícia (BUENO; LIMA; COSTA. *Quando o Estado mata: desafios para medir os crimes contra a vida de autoria de policiais*. Sociologias. Porto Alegre, v. 23, n. 56, p. 154-183, 2021) não há como, em um Estado de Direito cancelar este estado de coisas, nem como se continuar permitindo que a instituição mais interessada na ratificação dos seus próprios registros de eventos de defesa social, vale dizer, a Polícia Militar, permaneça com o monopólio da investigação dos homicídios causados pelos seus agentes.

As razões potencialmente inconstitucionais deste monopólio serão adiante articuladas.

A despeito delas, há, no entanto, importantes considerações sócio-políticas capazes de dar suporte empírico a esta Representação para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A primeira delas é a subsistência de “microprocessos burocráticos e políticos” (BUENO; LIMA; COSTA. *Quando o Estado mata: desafios para medir os crimes contra a vida de autoria de policiais*. Sociologias. Porto Alegre, v. 23, n. 56, p. 154-183, 2021), situação na qual ações e práticas institucionais da Polícia Militar, revelam o emprego de *estratégias de poder*, que, a despeito do alegado respeito aos direitos humanos e da realização da segurança, no enfrentamento da violência letal, inviabilizam, simplesmente, a responsabilização dos agentes policiais envolvidos na sujeição criminal que tenha resultado em violência letal.

Não é sem razão que o quadro das mortes decorrentes de intervenções policiais, bem como as mortes violentas dos agentes policiais, em serviço ou fora dele, constituem hoje dois dos principais problemas de segurança pública do Brasil, a despeito de a Constituição assegurá-la como preceito fundamental (art. 5º, “*caput*” e art. 144).

Não apenas pelo grande contingente de perdas humanas que tais modalidades de violência têm acarretado ao longo das últimas décadas, mas também pelos efeitos

deletérios que esses fenômenos projetam sobre o processo de consolidação das instituições e da própria democracia no país (ZILLI; COUTO; FIGUEIREDO; BATITUCCI; MARINHO; CRUZ. *Letalidade e vitimização policial em Minas Gerais: características gerais do fenômeno em anos recentes*. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo, vol. 14, n. 2, ago./set. 2020, p. 46/63; OLIVEIRA JÚNIOR. *Políticas públicas e estratégias de controle da ação letal das instituições policiais no Estado de São Paulo*. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 6, n. 1, p. 28-47, fev.-mar. 2012; CANO. *Viés racial no uso da força letal pela polícia no Brasil*. MPMG Jurídico, v. 1, p. 17-25, 2014; MISSE. GRILLO; TEIXEIRA; NERI. *Quando a polícia mata: homicídio por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Booklink, 2013; MONJARDET. *O que faz a polícia?: sociologia da força pública*. São Paulo: Edusp, 2002; NEME. *A instituição policial na ordem democrática: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000; ADORNO. *Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades*. In: ZAVERUCHA (Org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço editora, 1998).

Tomando-se em consideração os índices da letalidade policial no Brasil, chega-se a afirmar, com total razão, que as polícias brasileiras estão entre as forças de segurança mais letais do mundo (ZILLI; COUTO; FIGUEIREDO; BATITUCCI; MARINHO; CRUZ. *Letalidade e vitimização policial em Minas Gerais: características gerais do fenômeno em anos recentes*. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo, vol. 14, n. 2, ago./set. 2020, p. 46/63; NUNES. *Trabalho sujo ou missão de vida? Persistência, reprodução e legitimidade da letalidade na ação da PMESP*. Tese (Doutorado em Administração de Empresas). FGV, São Paulo, 2018; MISSE. GRILLO; TEIXEIRA; NERI. *Quando a polícia mata: homicídio por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Booklink, 2013).

O que logo se sugere destas constatações oriundas das ciências sociais é que a problematização das mortes decorrentes de intervenções policiais, e também as mortes de policiais, toca imediatamente a inserção da Polícia nas organizações da sociedade democrática, vale dizer, o que está sendo levado à discussão nesta Representação para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o STF é, em última instância o mandado policial e as suas implicações na violação de preceitos fundamentais constitucionais.

“A existência de legislações claramente definidas e de mecanismos institucionais através dos quais se faz possível supervisionar e controlar o uso da força por parte dos agentes policiais constitui estrado fundamental para a legitimação das organizações policiais, como instituições de controle, manutenção e salvaguarda da ordem social e dos direitos individuais dos cidadãos. Em Estados democráticos, a lei estabelece que cabe exclusivamente às forças policiais o uso da força (inclusive letal) para manutenção da ordem,

cumprimento da lei e proteção dos direitos dos cidadãos. No entanto, a legitimidade desse monopólio estatal do uso da força não pode prescindir de mecanismos de controle (internos e externos), sob pena de ser exercido de maneira arbitrária, pautando-se por objetivos outros que não a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos (CANO, 1997)” (ZILLI; COUTO; FIGUEIREDO; BATITUCCI; MARINHO; CRUZ. *Letalidade e vitimização policial em Minas Gerais: características gerais do fenômeno em anos recentes*. Revista brasileira de segurança pública. São Paulo, vol. 14, n. 2, ago./set. 2020, p. 46/63).

A Resolução 36/169 (1979) da Organização das Nações Unidas (ONU) que institui o Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei, recomenda que a atuação das forças policiais seja pautada exclusivamente pelo respeito aos direitos humanos e trabalhem pela garantia das liberdades fundamentais do cidadão.

Lucidamente, há nesta diretriz o estabelecimento de um princípio do direito das gentes, ou seja, de que “à polícia cabe eliminar a resistência ou a ameaça, não a pessoa que resiste ou ameaça” (LOCHE. *A letalidade da ação policial: parâmetros para análise*. Revista do Programa de Pós-graduação e Pesquisa em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe, n. 17, p. 39-56, jul.-dez. 2010).

A despeito da altíssima letalidade policial, apontada em artigos e livros especializados nas áreas das ciências sociais, e que, nesta Representação são utilizados como ferramenta auxiliar, existe uma constatação de igual valor, ou seja, de que na maioria das vezes os agentes não são responsabilizados (FERREIRA. *Como abrir a caixa de pandora?: estratégias metodológicas para o estudo da polícia que mata*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 6, n. 1, p. 21-43, 2019).

Sem pretensão de reunir todas as variantes desta impunidade, vale dizer, sem a pretensão de abrir a caixa de pandora da letalidade policial, há uma seriação de estudos que apontam esses fatores e cuja síntese a seguir é delineada, para, em sequência, tentar agregar-se a eles a insustentabilidade da permanência da investigação da letalidade policial com a própria agência a qual o causador está vinculado, o que sugere a violação de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Um emblemático artigo de ADORNO (*Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades*. “In”: Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX (Org. ZAVERUCHA). Recife, 1998, p. 151-189), analisando a passagem do regime autoritário (1964-1985) à normalidade constitucional, afirma que os avanços democráticos não lograram a efetiva instauração do Estado de Direito, devido à persistência de graves violações de direitos humanos, produto de uma violência endêmica, enraizada nos grupos da sociedade e no dos agentes incumbidos de preservar a ordem pública, o que estaria sintetizado em linhas gerais

em circunstâncias sócio-políticas, assim alinhadas: a) restrição do raio de ação dos grupos organizados da sociedade civil; b) impunidade pronunciada dos agressores, não havendo uma efetiva vontade política no sentido de apurar a responsabilidade penal dos agressores; c) ausência de efetivo controle do aparato repressivo por parte do poder civil.

Essa ausência de controle permeia a conjuntura atual, havendo, por consequência direta de contraditórios julgados das mais expressivas Cortes do país, grande insegurança jurídica sobre a definição prévia da agência que irá investigar a violência letal executada pelo aparato do Estado.

O STF ainda não foi chamado a decidir no contexto do controle de constitucionalidade concentrado da ADPF e com força vinculante, se os homicídios da polícia militar são investigáveis pela própria instituição, se essa legislação ofende preceitos fundamentais e se os crimes que os agentes policiais praticam contra civis são materialmente militares ou não.

Este campo de incerteza se encontra, por exemplo, espelhado em decisões divergentes do próprio STF que ora entende que todos os crimes de que trata o art. 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida, praticados contra civil, são da competência da justiça comum, implicitamente excluindo-os do rol dos crimes considerados como militares (RE 260404, Tribunal Pleno, relator Min. Moreira Alves, j. 22/03/2001), ora atribui validade constitucional ao art. 82, § 2º do CPPM, com redação dada pela Lei 9.299/1996, admitindo a investigação policial-militar de crime doloso contra a vida materializada no Inquérito Policial Militar (ADI 1.494-3/DF), sem se pronunciar, no entanto, quanto à existência de um crime militar ou comum, quando a violência letal alcança o civil.

Como resultado deste hiato jurisprudencial e, também, normativo, a apropriação dos poderes investigatórios para casos tão complexos como são os da letalidade policial são deixados à livre disputa entre as corporações (Civil e Militar), repercutindo diretamente na função institucional do Ministério Público e na tomada de decisões futuras pelo Poder Judiciário.

Veja-se, a título meramente de exemplo, a ATA DE REUNIÃO, realizada em 19/12/2023 em Juiz de Fora, entre o Ministério Público, o Delegado Regional de Polícia de Juiz de Fora, o Delegado de Homicídios de Juiz de Fora, o Comandante do 27º BPM de Juiz de Fora, o Comandante do 2º BPM de Juiz de Fora, o Comandante da 4ª CIA PM IND de PE de Juiz de Fora e o Comandante da Subcorregedoria de PM de Juiz de Fora (ATA DE REUNIÃO, documento anexo), convocada para discutir a tramitação dos casos de letalidade policial contra OSMAR OLIVEIRA DOS SANTOS (REDS 2023-053937717-001) e BRUNO HENRIQUE SAHB DA SILVA (REDS 2023-053766430-001), ocorrências registradas, pela PMMG, em Juiz de Fora, no ano de 2023.

O órgão do Ministério Público e o representante da PCMG expressaram posicionamento que, havendo notícia de crime doloso contra a vida de vítima civil, praticado por policial militar, não há crime militar, sendo da Polícia Civil a competência

para a investigação, sob fundamento de que o art. 82, § 2º do CPPM, o qual prevê o encaminhamento dos autos de Inquérito Policial Militar à Justiça Militar nos crimes dolosos praticados contra a vida de civil, é incompatível com o art. 144, § 4º da CF-88 que atribui às polícias civis as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares, sendo ilegais e indevidas as instaurações de IPMs no âmbito da Polícia Militar, ainda que praticados os fatos sob abrigo de excludente de ilicitude; por conclusão, o art. 9º do CPPM, conceituando o IPM como instrumento apuratório de fato que configure crime militar e a sua autoria, não alcança a investigação de crime comum.

Os Comandantes militares ratificaram, no entanto, a posição institucional da PMMG quanto à legitimidade da instauração de IPM para apuração de violência letal, ratificando a previsão do art. 82, § 2º do CPPM, o qual determina a remessa do IPM à Justiça Militar.

Na Ata de Reunião, o Comando da 4ª RPM Juiz de Fora expressou o entendimento institucional da PMMG, ratificando a permanência da investigação na corporação militar.

Quando a matéria é levada ao Judiciário, o atordoamento é perceptível.

A AJME, ao receber o IPM 114.509/2023, ali judicializado sob nº 2001413-84.2023.9.13.0002, com histórico de ocorrência de operação policial ocorrida em 30/08/2023, que vitimou RAÍ EDUARDO TAVARES, na cidade de Juiz de Fora, ratificou a constitucionalidade do art. 82, § 2º do CPPM, incluído pela Lei 9.299/1996 (ADI 1.494-3/DF), cabendo à Justiça Militar analisar os autos e encaminhá-los, se for o caso, à Justiça Comum (decisão anexa).

Prossegue a decisão argumentando que, embora a EC nº 45/2004 não tenha deixado dúvidas quanto à competência da Justiça Comum para processar e julgar o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, seja na modalidade tentada ou consumada, trata-se de competência absoluta, caso não seja acolhida poderá levar à nulidade de todos os atos praticados.

O juízo, então, com fundamento no art. 125, § 4º da Constituição Federal, acolheu a exceção de incompetência e determinou a remessa do IPM (autos 2001413-84.2023.9.13.0002) e o APFD (autos nº 2000757-30.20239.13.0002) ao juízo criminal da Comarca de Juiz de Fora - Tribunal do Júri.

A decisão em questão é meramente declinatória do foro militar e, evidentemente, assim o é porque o crime (homicídio doloso contra civil, praticado por militar em ação de patrulhamento ostensivo) não é militar.

Mal se disfarça aqui o fato de que o juízo da Auditoria Militar é meramente encaminhatório, uma espécie de “pombo correio” jurisdicional.

Pois bem. Nos autos 0048442-10.2023.8.13.0145 distribuídos à Vara do Tribunal do Júri de Juiz de Fora, por declínio de competência da AJME, versando sobre a morte do civil RAÍ EDUARDO TAVARES – caso referido no item I desta Representação –, a Justiça foi chamada a decidir se o homicídio ocorrido em 30/08/2023, praticado por

dois militares lotados em Juiz de Fora, poderia ser investigado pela Polícia Militar e se esta investigação estava acometida de ilicitude.

A juíza da Vara do Tribunal do Júri entendeu que a Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII) e o CPP (art. 74, § 1º) atribuem a competência para o julgamento do Tribunal do Júri, no entanto, em outra vertente, o art. 9º § 1º do CPM, inserido pela Lei 13.491/2017, após a vigência da EC nº 45/2004, que alterou a redação do art. 125, § 4º da CF, passou a dispor que os crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

Segundo a decisão: "(...) *ainda que tenham sido conduzidos por autoridade sem atribuição para tanto, podem muito bem serem convalidados e complementados por uma questão de economia e celeridade processual*" (documento anexo) (DECISÃO autos 0048442-10.2023.8.13.0145, Vara do Tribunal do Júri de Juiz de Fora) (itálico do signatário).

A decisão sob comentário exprime uma velha e ultrapassada hermenêutica, segundo a qual as normas infraconstitucionais (art. 108 e art. 567 do CPP) podem validar o comando constitucional, invertendo a primazia da Constituição, para submetê-la ao crivo de normas inferiores.

Referida decisão, no entanto, deixa "a latere" a interpretação constitucional, ou seja, aquela cujo intérprete deve dar primazia, sem se ater para a indispensabilidade de se pronunciar se o crime doloso contra a vida de civil, praticado por agente do Estado, no exercício da atividade de policiamento ostensivo, é militar, de forma a atrair a investigação da Autoridade de Polícia Militar (art. 125, § 4º da Constituição Federal; art. 111 c/c art. 142, III da Constituição do Estado de Minas Gerais).

Nas decisões em comento, a AJME presta-se à mera atividade de encaminhamento e a Justiça Comum estadual à de ratificação dos atos investigatórios.

Nenhuma palavra é referida sobre a subsistência de um crime militar poder ser julgado pela Justiça Comum.

Lacuna esta, inclusive, que se faz presente no próprio STF, devido ao fato de que a Corte ainda não foi chamada a pronunciar-se, com efeito vinculante, se há um crime militar ou não.

Está, assim, devidamente situada a existência de ato não normativo do Poder Público no Estado de Minas Gerais e omissão do Poder Judiciário, potencialmente lesivos a preceitos fundamentais.

A violação por ação e omissão referenciada nos parágrafos antecedentes é consequência de grave lacuna interpretativa que esclareça a natureza (comum ou militar) da letalidade policial e a pertinência constitucional de sua investigação pela Polícia Militar, em confronto com garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) do direito à vida (art. 5º "caput"), do direito à segurança (5º, "caput" e art. 144) e do direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV).

Esta falta de normativas e protocolos interinstitucionais que determinem qual a corporação detém a competência legal para a investigação é notada até por pesquisadores das ciências sociais, “*verbis*”:

“Especificamente em Minas Gerais, um aspecto político-institucional anterior, próprio ao processamento dos casos, precisa ser observado, porque torna a questão ainda mais complexa: nos eventos de letalidade envolvendo policiais militares (90% dos casos, como demonstrado anteriormente) não há normativas e protocolos interinstitucionais que determinem qual corporação detém a competência administrativa e legal para fazer o registro, a investigação e o processamento inicial dos casos. Por causa desse “hiato normativo”, os homicídios praticados por policiais militares (tanto “em serviço”, quanto “de folga”, mas em razão do serviço policial) acabam sendo investigados simultaneamente pelas duas corporações, com evidente prejuízo para as apurações conduzidas pela Polícia Civil, como será discutido e evidenciado mais adiante” (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO “*Visando repelir injusta agressão*”: uma sociologia dos *accounts* policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

Enquanto não se põe uma pedra sobre a matéria, o que se espera possa ser respondido pelo STF no âmbito de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as mortes de civis, resultantes de ações policiais, especialmente de policiais militares, apontada como aquela que mais mata no mundo, sendo suas vítimas apenas “sujeitos matáveis” (BUENO; LIMA; COSTA. Quando o Estado mata: desafios para medir os crimes contra a vida de autoria de policiais. *Sociologias*. Porto Alegre, v. 23, n. 56, p. 154-183, 2021) incrementa o quadro de violação aos direitos humanos e aos preceitos fundamentais constitucionais, o que recebe o diagnóstico e lúcidas observações das ciências sociais, a seguir apontadas como ferramenta auxiliar indispensável para descrever o quadro político-institucional da *polícia que mata* e da ausência de decisão judicial vinculante para as instituições.

A perspectiva etnometodológica evidencia como as estruturas sociais se constituem a partir de uma série de interações e decisões práticas cotidianas, tomadas por atores que compartilham entre si conjuntos de cognições, representações e interpretações de senso comum sobre determinados contextos e situações (GARFINKEL. *Estudos de Etnometodologia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2018).

Ela pode explicar, por exemplo, quais são os conhecimentos compartilhados dentro da corporação militar que servirão de guia para a produção de narrativas nas investigações que ela própria realiza.

A descoberta, dentro da etnometodologia, da “comunidade discursiva” (GUMPERZ. *Speech Variation and the Study of Indian Civilization*. “In”: HYMES (Org.). *Language in Culture and Society*. New York. Harper and Row, 1964; GUMPERZ. *Linguistic and Social Interaction in Two Communities. The Ethnography of Communications*. *American Anthropologist*, vol. 66, dec. 1964) oferece um sugestivo quadro de como os agregados humanos em interação frequente e regular delimitam os tipos de *accounts* apropriados para cada comunidade discursiva.

Assim, a despeito da obrigatoriedade da investigação (art. 5º, I do CPP; art. 10, “a” do CPPM), a etnometodologia é referencial indispensável, esclarecendo que, quando se trata de investigar o colega de farda, “tende a predominar, entre os demais agentes, seus colegas, a ideia de que houve uma possível injustiça, pois o agente punido poderia estar somente fazendo aquilo que todos têm que fazer sempre que se põe o sistema burocrático para funcionar ativamente. Assim, sua punição eventual teria sido o efeito de ter sido, apenas, pego em um erro, circunstância que pode advir a qualquer um. Como reação ao sistema de culpabilização, forma-se um *ethos* corporativo avesso à responsabilização dos agentes públicos” (LIMA. *Éticas e práticas na segurança pública e na justiça criminal*. “In”: Crime, polícia e justiça no Brasil. (Org. LIMA; RATTON; AZEVEDO) São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 471-481).

Este “acentuado corporativismo” (ADORNO. *Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades*. “In”: Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX (Org. ZAVERUCHA). Recife, Bagaço editora, 1998, p. 151-189), denunciado por atores externos às agências policiais e jurídicas, irá replicar-se na parcialidade do inquérito policial militar, com repercussão em preceitos fundamentais, sugerindo a necessidade de intervenção do STF para dar os necessários contornos jurídico-constitucionais a este opiáceo quadro.

Quando se trata, assim, de dar satisfação e prestar contas sobre uma interação humana (*accounts*) que extrapola o domínio das expectativas, os atores se utilizam de dispositivos linguísticos, empregados sempre que se sujeita uma ação a uma indagação valorativa (SCOTT; LYMAN. *Accounts*. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 1, n. 2, p. 139-172, 2008).

Descendo a sutilezas linguísticas, afirmam os autores:

“Justificativas são *accounts* em que alguém aceita a responsabilidade pelo ato em questão, mas renega a qualificação pejorativa associada a tal ato. Deste modo, um soldado em combate pode admitir ter matado, embora negue ter realizado um ato imoral, já que aqueles que ele matou eram membros de um grupo inimigo, e, conseqüentemente, ‘mereciam’ esse destino. Desculpas são *accounts* em que alguém admite que o ato em questão seja ruim, errado ou inapropriado, mas nega ter plena responsabilidade sobre ele. Assim, nosso soldado em combate poderia admitir que matar é errado, mas alegaria que seus atos não são travados apenas por

sua vontade: está ‘cumprindo’ ordens e tem de obedecer” (SCOTT; LYMAN. *Accounts*. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 1, n. 2, p. 139-172, 2008).

A orbital referida nesta seminal investigação etnometodológica possui parentesco com a importante vertente teórica das técnicas de neutralização (SYKES; MATZA. *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*. American Sociological Review, vol. 22, n. 6, dec. 1957, p. 664-670).

Segundo os autores, sob o ponto de vista psicodinâmico as interpretações da responsabilidade são construtos culturais, não apenas crenças idiossincráticas.

Quando se trata de dar explicação para fatos “per se” lesivos, como é o caso típico do homicídio, o qual carrega um “*mala in se*”, aparecem racionalizações que irão dar ao sistema legal certa “flexibilização” e, por consequência, a neutralização do controle social.

“Even if the delinquent accepts the responsibility for his deviant actions and is willing to admit that his deviant actions involve an injury or hurt, the moral indignation of self and others may be neutralized by an insistence that the injury is not wrong in light of the circumstances. The injury, it may be claimed, is not really an injury; rather, it is a form or rightful retaliation or punishment. By a subtle alchemy the delinquent moves himself into the position of an avenger and the victim is transformed into a wrong-doer” (SYKES; MATZA. *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*. American Sociological Review, vol. 22, n. 6, dec. 1957, p. 664-670).

Do mesmo modo que atos individuais são suscetíveis dos mais diversos *accounts*, também os atos praticados por organizações, como é o caso da polícia, apresentam *accounts* sistemáticos de acordo com as próprias expectativas organizacionais: “Organizações apresentam *accounts* sistematicamente a seus membros em uma multiplicidade de situações” (SCOTT; LYMAN. *Accounts*. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 1, n. 2, p. 139-172, 2008).

Uma conhecida técnica de justificação é a negação da vitimização, amplamente aceita pelo público e justificada institucionalmente, como é o caso da execução de delinquentes pela polícia, pois estes indivíduos são “matáveis” (MISSE. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro. Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana. UFRJ, 2011).

Os elementos a seguir tomados em consideração se inserem no manancial de procedimentos e interações praticadas pelos *insiders* à corporação militar e que teriam o efeito de produzir, dentro da fase investigativa, apenas a ratificação das

mortes que ela pratica ou a impossibilidade de construção de uma versão alternativa pelos demais atores da perseguição (Polícia Civil, Ministério Público, Poder Judiciário).

Os estudos mais significativos sobre a (não) responsabilização policial nos casos de letalidade contra civis demonstram que a esmagadora maioria das mortes decorrentes de intervenções policiais não é devidamente investigada e acaba sendo administrativa e juridicamente processada como “legítima defesa” (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO. *“Visando repelir injusta agressão”: uma sociologia dos accounts policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais*, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

Do primeiro registro policial à sentença judicial, o *account* que prevalece é, quase sempre, aquele representado inicialmente pelos próprios policiais envolvidos nas ocorrências: a morte dos cidadãos teria se dado em situações de “confronto”, quando os agentes, agindo em “legítima defesa”, utilizaram meios moderados de força para repelir injusta agressão (D’ELIA FILHO. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade Federal Fluminense (UFF). Niterói, RJ, 2013; MISSE; GRILLO; TEIXEIRA; NERI E. *Quando a polícia mata: homicídio por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Booklink, 2013).

No contexto de Minas Gerais, por exemplo, análise exploratória de 3.506 ocorrências policiais registradas entre os anos de 2013 e 2018 e nas quais houve episódios de mortes e/ou ferimentos decorrentes de intervenções policiais, levou os sociólogos LUIS FELIPE ZILLI, AMANDA MATAR DE FIGUEIREDO, MARCUS VINÍCIUS GONÇALVES DA CRUZ e KARINA RABELO LEITE MARINHO, da Fundação João Pinheiro (FJP/MG) e UFMG a concluir apoditicamente que a apropriação quase que exclusiva, por parte da Polícia Militar, de todas as etapas do processo investigativo desses casos, bem como a da vasta gama de procedimentos que a corporação adota para interditar e inviabilizar as apurações feitas pela Polícia Civil, torna virtualmente impossíveis a efetiva fiscalização e o controle externo democrático das ações policiais que resultam em mortes (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO. *“Visando repelir injusta agressão”: uma sociologia dos accounts policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais*, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

Os achados estatísticos e a investigação de campo tomados como referenciais nesta prospecção inicial refletem no campo jurídico-constitucional pela evidente lesão a preceitos fundamentais e à cidadania.

Como lucidamente se adverte, não somente as práticas violentas de criminosos, mas, também, e em especial, a violência do Estado toca diretamente a democracia e os direitos humanos.

O “caso Patricia Acyoli” (12/08/2011) representa um marco: “Ela foi morta por policiais militares em virtude de seu rigor na apreciação judicial dos homicídios por eles cometidos, incluindo casos registrados como “autos de resistências” (MISSE;

GRILO; TEIXEIRA; NERI. *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU. Booklink, 2013).

Pois bem, a questão que se levanta, no entanto, é a superação deste paradoxo legal brasileiro, referido por KANT DE LIMA (*A polícia na cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995), ou seja, à coexistência entre regras constitucionais que instituem a igualdade jurídica entre as pessoas e regras processuais que formalizam a desigualdade jurídica. Tal sistema, ainda segundo o autor, se vincula às práticas policiais autoritárias direcionadas às populações pauperizadas, submetidas à suspeição e às averiguações policiais frequentes.

O “caso Patricia Acyoli” chegou, no entanto, a um ultimato aos onze policiais criminosos (<https://www.jusbrasil.com.br>).

Há muito a avançar, no entanto, para que haja aperfeiçoamento no controle externo da atividade policial.

Sem esta efetividade das *fórmulas de controle*, e sem que se discuta a pertinência da investigação da letalidade policial como monopólio da própria polícia militar em confronto com os predicados da cidadania e dos preceitos fundamentais, nenhum avanço significativo ocorrerá na garantia da segurança como um bem coletivo.

A presente Representação para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental objetiva, provocativamente, romper com o “status quo”, senão a adesão tácita à inexistência de controle externo e efetiva responsabilização quando a polícia mata civis.

Aliás, vozes autorizadas sustentam que nem o Judiciário, a Polícia Civil ou o Ministério Público, senão em poucas exceções, possuem empenho em reverter este cenário (MISSE; GRILLO; TEIXEIRA; NERI. *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU. Booklink, 2013).

Ora, em se tratando o homicídio como um caso-limite do uso da força, a sua efetiva apuração se faz estritamente necessária para assegurar as garantias individuais e coletivas próprias a um Estado Democrático.

“Como pensar em uma democracia em que não há controles eficazes para se exigir a *accountability* da conduta de agentes públicos? Para O’Donnel (1999), a reforma das instituições de justiça e o fortalecimento de seus controles externos são uma condição essencial para a consolidação democrática, sendo preciso haver maior transparência e abertura para a participação coletiva” (MISSE; GRILLO; TEIXEIRA; NERI. *Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU. Booklink, 2013).

No item IV a seguir, pretendo discorrer sobre a indispensabilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para aperfeiçoamento da *accountability* nos casos de letalidade policial contra civis.

IV - RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL

No STF há duas ADPFs contendo matéria de fundo em que se discute violação de preceitos fundamentais e que são diretamente referidas ao direito à segurança pública, as quais aqui são referidas apenas incidentalmente.

A ADPF 594-RJ debate a letalidade policial e a proibição de manifestações públicas do então governador do Rio de Janeiro (Wilson Witzel) que estimulem violência policial.

A ADPF 635-RJ (ADPF das favelas) debate decretos estaduais que regulamentam a política de segurança fluminense e pede o reconhecimento das graves violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais nas favelas, além de reclamar pela implementação de medidas concretas para reduzir a letalidade e garantir justiça às vítimas.

A presente Representação objetiva seja levado ao STF debate sobre a condução da investigação da letalidade policial militar e se esta corporação é a instituição dotada de suficiente imparcialidade e independência para assim conduzir Inquéritos Policiais Militares instaurados para apurar violência letal de seus agentes.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, LIV que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

No art. 5º, XXXVIII encontra-se prevista a instituição do júri e, na alínea “d” a sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Por sua vez, acorde com o art. 144, § 4º da Constituição, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Em correspondência com a previsão e competência dos Tribunais e Juízes Militares, prevê a Constituição Federal que à Justiça Militar compete processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei (art. 125, § 4º).

A Lei 13.491/2017, com reprovável embaralhamento de matéria processual na legislação material, alterou a redação do art. 9º, § 1º do Código Penal Militar, prevendo que os crimes de que trata o artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

A Lei 9.299/1996 alterou a redação do art. 82, § 2º do Código de Processo Penal Militar, determinando que nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

A presente Representação objetiva evitar violação aos preceitos fundamentais constitucionais, em correspondência com o controle de constitucionalidade

concentrado suscitado, posto que, a despeito da previsão de que os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por policial militar em serviço, não possuem natureza militar, nem é a Justiça Castrense competente para processá-los, nem se inserirem estes crimes na competência da Autoridade de Polícia Judiciária Militar, a Corporação, por prática sedimentada e estabilizada, no Estado de Minas Gerais, insiste em desatender aos preceitos constitucionais que excluem o foro militar e, por derivação lógica necessária, a fase de investigação preliminar, quando, em ação operacional ou a pretexto de exercê-la, haja violência letal por parte de agentes militares.

Veja-se como se comporta a instituição policial militar, nos três casos-paradigma utilizados no item I desta Representação para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, quando se trata de “apurar” crimes contra a vida de civis.

O APFD 114.458/23, lavrado contra os policiais militares Diogo Garcia Motta e Willian Hermisdorf Simões de Lima, lotados na 4ª CIA IND PE da cidade de Juiz de Fora, não foi ratificado, sendo enquadrado no art. 209 do CPM (lesão corporal), nele sendo apontado como vítima o civil RAÍ EDUARDO TAVARES.

O nominado APFD 114.458/23 está amparado no REDS 2023-040762984-001.

Não há testemunha civil arrolada no REDS 2023-040762984-001. Somente militares que se encontravam no palco dos acontecimentos foram referenciados como testemunhas no documento.

As armas, munições e carregadores apreendidos são de propriedade da Polícia Militar de Minas Gerais. Após a apreensão, sem formalização da cadeia de custódia, foram encaminhados à perícia pela autoridade de polícia civil.

O Histórico da Ocorrência contido no REDS 2023-040756920-001 – onde a arma supostamente utilizada por RAÍ foi apreendida – relata que a guarnição se deparou com o autor na condução da motocicleta Honda/Twister de cor amarela, sendo dada ordem de parada com desobediência a ordem legal pelo autor que ainda sacou de um revólver e acelerou contra o policial militar. Neste instante, os policiais Hermisdorf e Motta *“de modo a repelir injusta e iminente agressão, efetuaram respectivamente 01 e 02 disparos em direção ao autor”*.

A arma supostamente utilizada pela vítima RAÍ EDUARDO TAVARES foi apreendida no REDS 2023-040756920-001, onde um dos militares é qualificado como vítima e, justamente, os militares autores dos disparos, qualificados como testemunhas. De acordo com a descrição de materiais e armas de fogo, foram apreendidos 5 cartuchos de munição de arma de fogo de uso permitido cb. .38, marca Taurus.

O Despacho não ratificador do APFD 114.458/2023 conclui que os militares conduzidos agiram em legítima defesa própria (art. 42, II do CPM).

O IPM 114.509/2023, instaurado com base no APF 114.458/2023, mereceu solução pela inexistência de crime com fundamento no art. 42, II c/c art. 44 do CPM e 439, “d” do CPPM, sendo homologado pelo Comando da 4ª CIA PM IND DE PE de Juiz de Fora, por se constituir em ação legítima (documento anexo).

O IPM 118.457/23 foi instaurado pela 4ª CIA PM IND PE/4ª RPM Juiz de Fora, tendo por base o APFD 118.403/2023, lavrado contra os policiais Nilson Prevatto Orbe Júnior e Diogo Garcia Motta, devido a fatos registrados através do REDS 2023-053766430-001.

O APFD 118.403/2023, não ratificado, informa que no dia 18/11/2023 foram levados à sede da 4ª CIA IND PE de Juiz de Fora os dois militares acima nominados, haja vista que, durante operação conjunta com a Diretoria de Inteligência as guarnições GER, após obter a localização do suspeito BRUNO HENRIQUE SAHB DA SILVA incursionaram no local, tendo BRUNO tentado evadir do local portando uma arma de fogo nas mãos, momento em que ao se deparar com os militares o autor apontou a arma na direção destes. De imediato, os militares reagiram à injusta agressão com disparos. Os militares foram conduzidos por fato capitulado no art. 209 do CPM.

Não obstante o Histórico da Ocorrência contido no REDS 2023-053760420-001 acuse que a vítima deu entrada no Pronto Socorro Municipal de Juiz de Fora, com a ficha 1761174 com constatação de óbito, a autuação dos militares Prevato e Motta no APFD 118.403 deu-se por lesão corporal (art. 209 do CPM).

Ainda de acordo com o Histórico da Ocorrência, a vítima BRUNO HENRIQUE SAHAB DA SILVA resistiu às ordens dos policiais militares e de posse de uma pistola cb. .380 apontou contra o cb. Prevato e o cb. Motta, sendo necessário o revide a injusta e imediata ameaça com uso da arma de fogo por parte do indivíduo abordado.

Embora uma Câmara Operacional Portátil (COP) estivesse sendo utilizada por militar envolvido na ação, o equipamento somente foi acionado para entrevista com testemunha que declarou que BRUNO estava constantemente alegando que temia pela sua vida em razão de ter feito muitas coisas erradas, sendo dito pelo senhor Daniel que BRUNO em razão da bandeira vermelha em seu whatsapp era menção ao Comando Vermelho (Histórico do REDS 2023-053760420-001).

O nominado REDS é acompanhado de Auto de Resistência 1, a despeito da constatação de óbito do abordado.

No APFD 118.403/23, a única testemunha civil informou que não presenciou a intervenção policial; no entanto, foi indagado sobre o acionamento de câmera tendo informado, embora sem acesso a qualquer diretiva da operacionalidade do equipamento COP, que não daria tempo de ligar câmeras.

Após a protocolar juntada do Extrato dos Registros Funcionais, da juntada do REDS 2023-053760420-001, Auto de Apreensão, o APFD 118.402/2023 foi concluído com despacho não ratificador, sendo constatado que BRUNO possui diversos registros de ocorrência e todas as provas produzidas no APDF indicarem que os militares conduzidos agiram no estrito cumprimento do dever legal (art. 42, III do CPM).

O IPM 118.457/2023, instaurado por Portaria, em 13/12/2023, contém o Relatório Técnico 2001/2024, sobre a vida pregressa do infrator BRUNO HENRIQUE SAHB DA SILVA, com registro de 07 inquéritos instaurados e articulação com o Comando Vermelho, não sendo a morte de BRUNO veiculada em mídias abertas, causando pouco impacto para a instituição.

O encarregado do IPM solicitou à Autoridade Policial (Delegacia de Homicídios de Juiz de Fora) Laudo Pericial de Levantamento de Local e Laudo de Necrópsia, sendo informado em 17/12/2023 que devido ao posicionamento do Ministério Público no exercício do controle externo e do Delegado Regional, não serão fornecidos os documentos solicitados.

O obstáculo em questão foi objeto de questionamento ao juízo da 3ª AJME, nos autos de prisão em flagrante EPROC AJME nº 2001472-69.2023.9.13.0003, Portaria 118.403/2023, tendo o encarregado do IPM solicitado em 18/01/2024 o acesso aos nominados laudos (Levantamento de Local e Necrópsia).

A despeito da não juntada ao IPM 118.457/2023 dos elementos técnicos, concluiu o encarregado que os policiais agiram dentro dos preceitos legais e doutrinários, dando solução de ação legítima (art. 42, II do CPM).

A solução foi homologada pelo Comando da 4ª CIA PM IND PE/ 4ª RPM Juiz de Fora em 08/02/2024.

O IPM 118.476/2023 - 2º BPM Juiz de Fora - foi instaurado em 27/11/2023, com base no APF 118.419/2023, para apurar crime de homicídio do civil OSMAR OLIVEIRA DOS SANTOS, fato consumado em 19/11/2023, com capitulação no art. 205 do CPM e registrado no REDS 223-053980530-001.

O APFD 118.419/2023 foi homologado com a não ratificação da prisão dos militares Marcelo Coelho de Souza e Charles Guilherme Mendes, vinculados ao 2º BPM/4ª RPM Juiz de Fora, os quais agiram amparados pelo art. 42, I do COM (legítima defesa própria).

O IPM 118.476/2023 foi concluído em 19/01/2024, com solução de existência de excludente da ilicitude, sendo a solução homologada em 09/04/2024 pelo Comando do 2º BPM Juiz de Fora, sem indiciamento.

O REDS 2023-053980530-001 contém Histórico da Ocorrência segundo o qual o indivíduo alvejado, após apontar arma de fogo e disparado contra os militares, momento em que os policiais Marcelo Coelho e Charles Guilherme efetuaram, respectivamente, seis e três disparos, em legítima defesa, para que fosse cessada a real e injusta agressão aos agentes públicos.

A despeito da narrativa contida no REDS 2023-053980530-001, o Laudo de Necropsia 5207/23 PML de OSMAR OLIVEIRA SANTOS aponta uma ferida perfuro-contusa sugestiva de orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região retroauricular esquerda.

Em expressivo estudo sobre as mortes violentas provocadas pela Polícia Militar no estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto empírico a investigação de inquéritos policiais conhecidos como “autos de resistência”, instaurados entre os anos de 2009 e 2013, objeto de pedido de arquivamento, aceitos pela Justiça, D’ELIA FILHO constata a autorrealização de uma profecia na construção de legítima defesa (*Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro* (Tese de Doutorado). Niterói, UFF, 2013).

De acordo com o autor, embora em alguns procedimentos analisados haja indícios de execução nos laudos cadavéricos, parece vigorar a ideia da profecia autorrealizável (MERTON. *Social Theory and Social Structure*. Nova York, 1949), na qual o que menos importa são os fatos, mas sim o que se espera dos fatos.

Assim como nos três casos reportados nesta Representação, as investigações conduzidas por D'ELIA FILHO corroboram os achados nesta peça por mim subscrita, ou seja, a legítima defesa passa a ser construída na própria definição da condição do morto como inimigo.

Veja-se, por exemplo, a conclusão do Laudo de Necropsia 5207/23 PML de OSMAR OLIVEIRA SANTOS o qual aponta uma ferida perfuro-contusa sugestiva de orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região retroauricular esquerda, com a seguinte descrição: "*P1: penetrou em região retroauricular esquerda, causando trauma raquimedular e saindo em mandíbula direita. Percorreu trajeto da esquerda para a direita, de posterior para anterior, de cima para baixo*" (LAUDO 5207/23 PML JF).

A Conclusão do IPM 118.476/2023 despreza este elemento probatório, para, com base na narrativa exclusivamente dos policiais envolvidos, concluir pela inexistência sequer de transgressão disciplinar residual por parte dos militares.

Aqui ocorre o que D'ELLIA FILHO aponta como sendo a materialidade nos laudos cadavéricos que constata não somente da morte, "sendo a localização das lesões provocadas pelos disparos dos policiais analisados a partir da lógica da dignidade ou indignidade da vida" (*Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro* (Tese de Doutorado). Niterói, UFF, 2013, p. 119).

Há inumeráveis outros argumentos para apontar não somente o perigo e a suspeição de se colocar a raposa para cuidar do galinheiro (ZAFFARONI. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Rio de Janeiro: Revan, 2003), mas, também, o paradoxo de se manter algo tão seminal na política de segurança pública, no respeito aos direitos humanos e preceitos fundamentais, em poder da própria agência responsável pelos assassinatos de civis.

Com base no quadro de precariedade e parcialidade da investigação conduzida pela Polícia Militar, há o deslocamento da dinâmica dos casos para o endereçamento da vida pregressa e da adjetivação de "criminoso" do sujeito-alvo, o que provoca um distúrbio na dinâmica da investigação: as circunstâncias materiais e objetivas do inquérito policial militar são comprimidas para a construção de uma narrativa sobre a própria condição do ofendido.

Principalmente, se houver, como nos três casos-paradigma apresentados nesta Representação, a apreensão de arma de fogo em poder do *bandido*.

Conforme demonstrado, as dificuldades de se investigarem as circunstâncias em que os chamados "autos de resistência" ocorrem contribuem para que a versão apresentada pelos policiais envolvidos prevaleça ao longo do processamento dos casos, favorecendo,

assim, o arquivamento dos mesmos. Sendo estes agentes dotados de “fé pública”, a arrecadação de uma arma junto ao corpo da vítima costuma bastar para que se configure uma “exclusão da ilicitude” da ação policial. A apreensão de drogas, radiotransmissores e demais objetos associados a práticas ilícitas também contribuem para demonstrar o envolvimento da pessoa morta com atividades criminosas, sustentando a narrativa dos policiais. No entanto, é a apresentação da arma que vai, efetivamente, legitimar a morte, pois o seu porte pelo indivíduo morto é a condição mínima para que ele estivesse realmente oferecendo resistência à ação policial. Este objeto por si só guarda a capacidade de sintetizar a existência de pessoas, sendo considerado “prova” de seu envolvimento com o crime e, sobretudo, “prova” de um comportamento que justificasse o homicídio, ou seja, da culpabilidade da vítima por sua própria morte (MISSE. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro. Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana. UFRJ, 2011, p. 113-114).

Estudos elaborados com base em pesquisa de campo acusam que o cenário de espírito de corpo existente na Polícia Militar a qual é apontada como sendo produtora de obstáculos que, de uma forma ou de outra, acabarão por pavimentar o caminho seja para o arquivamento, seja para a absolvição dos responsáveis, transformando a investigação contida no IPM em mero fluxo ritualístico para chancela do *account* apresentado pelos próprios investigados (ZILLI; FIGUEIREDO; DA CRUZ; MARINHO “*Visando repelir injusta agressão*”: uma sociologia dos *accounts* policiais e das investigações dos casos de letalidade policial em Minas Gerais, 2023. In: <https://www.scielo.br>. Acesso em 17/04/2024).

Um notável exemplo deste corporativismo e fechamento institucional foi divulgado em todos os meios de comunicação e na mídia social, quando o Coronel PMMG Gilmar Luciano, em entrevista afirmou que os policiais militares de Minas Gerais não iriam ser apresentados à Polícia Federal para prestar declarações em inquérito instaurado para apurar o massacre de 26 pessoas em Varginha-MG, alegando que a Polícia Federal não tem competência para o caso.

A recusa contou com a chancela do Comando Geral da PMMG, sendo amplamente divulgada (<https://globoplay.globo.com>);(<https://www.youtube.com/watch?v=P783vEepi2c>).

Referida ação ficou conhecida nos meios de comunicação como o “Massacre de Varginha” (<https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas>), recebendo amplo noticiário local e nacional (<https://www.otempo.com.br>);(<https://noticias.uol.com.br>); (<https://www.em.com.br>).

Em 31 de outubro de 2021, 26 pessoas foram mortas em dois sítios de Varginha em uma operação da PRF e da PMMG. A operação teve o objetivo de combater a investida de um grupo de assaltantes de banco. Segundo a apuração na época, o grupo roubaria um banco no dia seguinte. Os 26 suspeitos, que praticariam o crime na cidade, foram surpreendidos em dois sítios alugados. Segundo a polícia, houve intensa troca de tiros, mas nenhum militar ficou ferido (<https://www.google.com.br>).

“Na época, os policiais foram chamados de heróis, inclusive pelo governador Romeu Zema, pela resposta rápida e evitar que os suspeitos agissem no Sul de Minas. Mas especialistas alegaram falta de transparência na conduta. O inquérito é movido na Justiça Federal de Varginha para apurar se houve algum excesso dos policiais. Durante operação ‘Novo Cangaço’, a polícia apreendeu explosivos, armas longas ponto 50 e 10 fuzis, além de coletes, outras armas, granadas e veículos roubados. Em nota, a polícia explicou que a investigação do fato é de competência da Polícia Judiciária Militar e não da Polícia Federal. “A Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) esclarece que, conforme previsto no artigo 144, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, combinado com os artigos 7º, alínea “h”, e 9º do decreto Lei 1.002, de 1969 (Código de Processo Penal Militar), a apuração da conduta dos militares é de competência da Polícia Judiciária Militar e não da Polícia Federal” (<https://www.em.com.br>,21/06/2022).

O panorama cavernoso decorrente das injunções e resistências institucionais é modificado sensivelmente quando é chamado à controvérsia o TIDH, tendo o Brasil sucumbido e sido severamente sentenciado por violações aos direitos humanos em casos-paradigma a seguir apontados.

No caso “Favela Nova Brasília” (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Favela Nova Brasília v. Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017), a Comissão recomendou ao Estado brasileiro: “a. conduzir uma investigação exaustiva, imparcial e efetiva das violações descritas no Relatório de Mérito, em prazo razoável, por autoridades judiciais independentes da polícia, com vistas a determinar a verdade e punir os responsáveis. A investigação levará em conta os vínculos existentes entre as violações de direitos humanos descritas no Relatório e o padrão de uso excessivo da força letal por parte da polícia. Também considerará as possíveis omissões, atrasos, negligências e obstruções na justiça provocadas por agentes do Estado”. d. erradicar a impunidade da violência policial em geral, adaptando a legislação interna, os regulamentos administrativos, os procedimentos e os planos operacionais das instituições com competência em políticas de segurança cidadã, a fim de garantir que sejam capazes de prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos humanos decorrente dos atos de violência cometidos por agentes do Estado”.

Na decisão (parágrafo 105) a Comissão Interamericana salientou que as mortes ocorridas durante as intervenções policiais são registradas como legítima defesa; não obstante isso, da autópsia das vítimas comumente decorre que elas morrem por disparos recebidos em regiões vitais do corpo (CIDH, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo III, par. 8, 11, 13; Depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 15554-15555); Depoimento prestado mediante *affidavit* por Jan Michael-Simon, em 29 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 15828).

No parágrafo 163 da decisão consta: “A Comissão ressaltou que as investigações policiais foram realizadas pelas mesmas delegacias da Polícia Civil que haviam realizado as operações, as quais foram, ademais, iniciadas mediante “autos de resistência” registrados pelos policiais que haviam participado das incursões, em observância da prática de registrar todas as mortes causadas pela polícia como legítimas, e frequentemente utilizadas para transferir a responsabilidade da polícia às vítimas. Portanto, a Comissão considerou que, devido à falta de independência das autoridades encarregadas das investigações, e em virtude da natureza tendenciosa das investigações policiais, foram violados os artigos 8.1 e 25.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana”.

A independência e imparcialidade das autoridades investigadoras é o ponto nodal da matéria que se pretende levar ao Supremo Tribunal Federal, como inquinantes da legitimidade do IPM para apurar letalidade policial contra civis.

Ainda no caso Favela Nova Brasília x Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recorda que todos os órgãos que exerçam funções de natureza materialmente jurisdicional têm o dever de adotar decisões justas baseadas no respeito pleno às garantias do devido processo estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana (item 183).

No parágrafo 185, a decisão explicita que:

“Todas as exigências do devido processo previstas no artigo 8.1 da Convenção, bem como os critérios de independência e imparcialidade, se estendem também aos órgãos não judiciais aos quais caiba a investigação prévia ao processo judicial, realizada para determinar as circunstâncias de uma morte e a existência de indícios suficientes para interpor uma ação penal. Sem o cumprimento dessas exigências, o Estado não poderá posteriormente exercer de maneira efetiva e eficiente sua faculdade acusatória, e os tribunais não poderão levar a cabo o processo judicial que esse tipo de violação requer” (grifo do signatário)

No parágrafo 187 da decisão:

“A esse respeito, a Corte considera que o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos funcionários envolvidos no incidente. Essa independência implica a ausência de relação institucional ou hierárquica, bem como sua independência na prática. Nesse sentido, nas hipóteses de supostos crimes graves em que prima facie apareçam como possíveis acusados membros da polícia, a investigação deve ser atribuída a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados” (grifo do signatário).

No parágrafo 188:

“O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu diversas circunstâncias nas quais a independência dos investigadores pode ser afetada no caso de morte decorrente de intervenção estatal. Entre elas, a Corte destaca as seguintes hipóteses: i) os mesmos policiais investigadores são suspeitos em potencial; ii) são colegas dos acusados; iii) mantêm relação hierárquica com os acusados; ou iv) a conduta dos órgãos investigadores indica falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para elucidar o caso e, oportunamente, punir os responsáveis; v) um peso excessivo concedido à versão dos acusados; vi) a omissão de não explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; ou vii) inércia excessiva” (grifo do signatário)

Sumarizando os parágrafos 105, 163, 185, 187, 188 da decisão da Corte Interamericana no caso “Favela Nova Brasília”: 1) mortes registradas durante as intervenções policiais são registradas como legítima defesa, a despeito de a autópsia acusar disparos em regiões vitais do corpo; 2) investigações realizadas pelas mesmas delegacias da Polícia Civil que haviam realizado as operações, iniciadas mediante “autos de resistência” são abaladas pela falta de independência em virtude da natureza tendenciosa das investigações policiais; 3) as exigências do devido processo, bem como os critérios de independência e imparcialidade se estendem aos órgãos não judiciais aos quais caiba a investigação prévia ao processo judicial; 4) o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos funcionários envolvidos no incidente; esta independência implica a ausência de relação institucional ou hierárquica, bem

como sua independência prática; 5) o TEDH estabeleceu circunstâncias nas quais a independência dos investigadores pode ser afetada no caso de morte decorrente de intervenção estatal, 5.1) os mesmos policiais investigadores são suspeitos em potencial; 5.2) são colegas dos acusados; 5.3) mantêm relação hierárquica com os acusados; 5.4) a conduta dos órgãos investigadores indica falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para elucidar o caso e, oportunamente, punir os responsáveis; 5.5) um peso excessivo concedido à versão dos acusados; 5.6) a omissão de não explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; 5.7) inércia excessiva (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Favela Nova Brasília v. Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017).

O estado brasileiro, parte integrante da organização dos Estados Americanos (OEA), ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2022, o qual dispôs:

Art. 1º. “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

As decisões da CIDH são cogentes e vinculantes em relação ao Brasil (art. 68.1 Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), nos casos em que tenha sido parte, e, ainda, orientativas para os demais integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nesta Representação, o debate levantado à discussão refere-se à não-admissibilidade da investigação por meio de IPM quando haja letalidade policial contra civis.

Referidas restrições à competência da Justiça Militar foram decididas, por exemplo, pela CIDH no caso *Duran e Ugarte vs. Peru* (Sentença de 16 de agosto de 2000, parágrafo 17).

No caso *Cruz Sánchez e outros vs. Peru*, a CIDH reafirmou sua jurisprudência sobre o alcance limitado da competência criminal da Justiça Militar nos Estados Partes da CIDH e dispôs no item 397 que a jurisprudência relativa aos limites de competência da jurisdição militar para conhecer fatos que constituem violações de direitos humanos tem sido constante no sentido de afirmar que em um Estado democrático de direitos, a jurisdição penal militar há de ter um alcance restritivo e excepcional, e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças militares. Por isso, a Corte tem assinalado que o foro

militar somente deve julgar militares ativos pelo cometimento de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem (Sentença de 17 de abril de 2015, parágrafo 397).

No caso *Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*, a CIDH decidiu que a jurisdição militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, mas o processamento dos responsáveis cabe sempre à justiça ordinária (Sentença de 24 de agosto de 2012, parágrafo 181).

No caso *Ximenes Lopes x Brasil*, o qual debateu e decidiu quanto à necessidade de investigação satisfatória da morte de uma pessoa com deficiência, internada em casa de repouso privada, porém ligada ao SUS quando veio a óbito, a CIDH assentou que o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera; esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e punição de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quanto estejam ou possam estar implicados os agentes estatais (Corte IDH, caso *Ximenes Lopes x Brasil*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 194, § 148) (CAO DH - MPMG. Informação Técnico-Jurídica 02/2022. Letalidade Policial) (documento anexo).

O requisito de base para o enfrentamento da matéria até aqui ventilada no campo da ADPF é a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental e a existência de ação ou omissão do Poder Público.

Pois bem, os preceitos fundamentais postos sob ameaça ou lesão são aqueles decorrentes do fundamento e dos objetivos da República e dos direitos fundamentais.

Não somente o direito à dignidade humana (art. 1º, III CF-88), como outros direitos fundamentais (vida e igualdade, art. 5º “*caput*” da CF-88) e o direito à segurança (art. 5º, “*caput*” e art. 144 da CF-88) e, enfim, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8.1 CIDH) que estende às investigações o critério fundante de independência e imparcialidade.

Em especial, o direito à segurança, posto que, conforme extensamente acutilado nesta Representação, pode estar sendo submetido a constantes e reiteradas violações, pelo exercício monopolístico fático da investigação da violência letal pela própria instituição que a causou, no caso a Polícia Militar.

O ato administrativo questionado se insere naqueles comportamentos e práticas estatais gerados “*interna corporis*” pelo Comando Geral da PMMG, mas com efeitos concretos sobre a generalidade dos cidadãos, situação idônea a ser questionada pela ADPF (STF, ADPF nº 347-MC, Tribunal Pleno, relator Min. Marco Aurélio, DJe 19/02/2016), mas, igualmente, em atos omissivos do Poder Executivo estadual, por via da SEJUSP e do Poder Judiciário (Justiça Militar e Justiça Comum do estado) ante a inexistência de controle administrativo e de constitucionalidade sobre os IPMs

instaurados para investigação da violência letal, sem que o Poder Judiciário se aperceba da invalidade, inadmissibilidade e violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos casos concretos distribuídos aos respectivos órgãos jurisdicionais.

Na ADPF 347 MC/DF o relator Min. Marco Aurélio deixou consignado em seu voto: “O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial”.

No item II desta Representação, fez-se referência ao *Ofício 11.213/2021/Ass. Jud. GCG, Polícia Militar de Minas Gerais*, segundo o qual o Sr. Comandante Geral da PMMG informou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais o posicionamento da instituição em face de *Recomendação MPMG 01/2021* nos autos 0029248-20.2020, sobre a competência de apuração em IPM de crime doloso contra a vida de civil.

A Recomendação 01/2021 foi expedida pela 7ª Promotoria de Justiça da Comarca de Santa Luzia, no exercício da atribuição do Controle Externo da Atividade Policial, em ação institucional preventiva às Polícias Militar e Civil do município de Santa Luzia, para que, nos casos de morte decorrente de intervenção policial militar, estando ou não o agente em serviço, atendem que: 1- Os respectivos procedimentos para apurar tais mortes são da competência da Justiça Comum Estadual na comarca na qual funciona o Tribunal do Júri; 2- As atribuições para conduzir as investigações, procedendo a todos os atos é exclusiva da Polícia Civil de Minas Gerais; 3- Os agentes de segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência, após acionar a Polícia Civil, deverão zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia, inclusive para que não se alterem o estado de conservação das coisas para realização da perícia; 4- Após se dirigir ao local, o Delegado de Polícia responsável, deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; e, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, além das demais obrigações rezadas pelo regramento processual pátrio; 5- O Promotor de Justiça com atribuições de Controle Externo das Atividades Policiais e/ou com atribuições em crimes dolosos contra a vida, bem como a Corregedoria da Polícia Militar, deverão ser imediatamente comunicados das ocorrências de modo a permitir o acompanhamento completo das apurações (documento anexo).

A Lei 8.625/1993 assegura ao Ministério Público o poder de expedir Recomendações aos órgãos da Administração Pública Estadual (art. 27, II e parágrafo único, IV). Por igual, a LC estadual nº 34/1994, art. 67, VI. No mesmo sentido, a Resolução nº 20/2007 CNMP, art. 4º, IX prevê incumbir ao Promotor de Justiça expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público.

A Recomendação 01/2021 não se trata de ato isolado do Ministério Público de Minas Gerais, na busca de padronização e tratamento uniforme da matéria relativa à investigação de violência letal em Minas Gerais.

No âmbito do MPMG foram expedidas iguais recomendações.

A Recomendação 08/2021 foi expedida pela 11ª Promotoria de Ipatinga ao Chefe do 14º BPM, ao chefe da 12ª Região da Polícia Militar, ao Chefe do 12º Departamento de Polícia Civil de Minas Gerais e Corregedoria da PM para: A) elaboração do Boletim de Ocorrência de forma objetiva, com encaminhamento de todos os elementos de informação colhidos durante a ocorrência, como registros de comunicação, imagens e movimentação da viaturas à autoridade policial responsável pelas investigações; B) a apresentação do agente da segurança pública à autoridade policial em regime de plantão no dia da ocorrência, independente do agente encontrar-se ou não no exercício do seu ofício durante o cometimento do ato; C) a Autoridade Policial deverá instaurar o Inquérito Policial para a devida e imparcial apuração do fato, com a realização dos procedimentos previstos no art. 6º do Código de Processo Penal, sem prejuízo do reconhecimento, prefacialmente, da presença das excludentes de ilicitude previstas no incisos I, II e III do artigo 23 do CP (dispensando-se o encaminhamento e a submissão à audiência de custódia), com a garantia do regular e indispensável prosseguimento do feito; D) o encaminhamento de cópia dos documentos relativos ao fato à Corregedoria da Polícia Militar, para instauração dos procedimentos administrativos próprios para apurar a regularidade da ação policial, com prioridade de tramitação; E) a autoridade policial deverá substituir os termos genéricos “autos de resistência” “resistência seguida de morte”, nos registros de morte por intervenção policial, pelo termo técnico “homicídio decorrente de intervenção policial”; F) comunicar o fato ao Ministério Público, em até 24 horas nos termos do art. 292 c/c art. 306 do Código de Processo Penal; G) deverão ser apreendidas as armas dos agentes de segurança pública envolvidos na ocorrência, para a realização imediata de perícia específica. Em igual sentido, deverão ser realizadas perícias nos veículos e maquinários envolvidos na ocorrência; H) seja dada publicidade desta Recomendação em todos os meios de comunicação internos da 12ª Região de Polícia Militar (documento anexo).

A Recomendação 01/2022 foi expedida pela 11ª Promotoria de Governador Valadares às Polícias Militar e Civil para que, nos casos de morte decorrente de intervenção policial militar, estando ou não o agente em serviço, atendem: 1- Os respectivos procedimentos para se apurar tais mortes são da competência da Justiça Comum Estadual da comarca na qual funciona o Tribunal do Júri; 2- As atribuições para conduzir as investigações, procedendo a todos os atos, é exclusiva ad Polícia Civil de Minas Gerais; 3- Os agentes de segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência, após acionar a Polícia Civil, deverão zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia, inclusive para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização da perícia; 4- Após se dirigir ao local, o Delegado de Polícia responsável, deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher

todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; e, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, além das demais obrigações rezadas pelo regramento processual pátrio, providenciando para que o inquérito policial seja instaurado desde a ocorrência dos fatos; 5- O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Controle Externo da Atividade Policial e Apoio Comunitário (CAO-DH) deverá ser comunicado, em até 24 horas, das ocorrências; 6- A descrição, no REDS, no campo “provável descrição da ocorrência principal”, deverá estar de acordo com a Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais – DIAO, reforçando que o crime é o previsto no art. 121 do Código Penal (com suas derivações, conforme o caso concreto) e assim deverá ser lançado no REDS, mesmo para fins de comunicação do flagrante delito, por força do art. 125, da Constituição Federal de 1988, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, art. 82, § 2º do Código de Processo Penal Militar e art. 74, do Código de Processo Penal (documento anexo).

A Recomendação 01/2022 foi expedida pela Promotoria de Justiça de Três Marias às Polícias Militar e Civil para que, nos casos de morte decorrente de intervenção policial, estando ou não o agente em serviço, atentem que: 1- Os respectivos procedimentos para se apurar tais mortes são da competência da Justiça Comum Estadual da comarca na qual funciona o Tribunal do Júri; 2- As atribuições para conduzir as investigações, procedendo a todos os atos, é exclusiva da Polícia Civil de Minas Gerais; 3- Os agentes da segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência, após acionar a Polícia Civil, deverão zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia, inclusive, para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização da perícia; 4 - Após se dirigir ao local, o Delegado de Polícia responsável, deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; e, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, além das demais obrigações rezadas pelo regramento processual pátrio, providenciando para que o Inquérito Policial seja instaurado desde a ocorrência dos fatos; 5- O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Controle Externo da Atividade Policial e Apoio Comunitário (CAO-DH) deverá ser comunicado, em até 24 horas, das ocorrências; 6- A descrição, no REDS, no campo “provável descrição da ocorrência principal”, deverá estar de acordo com a Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais – DIAO, reforçando que o crime é o previsto no art. 121, do CP (com suas derivações, conforme o caso concreto) e assim deverá ser lançado no REDS, mesmo para fins de comunicação do flagrante delito, por força do art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e art. 74, do Código de Processo Penal (documento anexo).

A Recomendação s-n/2022 foi expedida pela 4ª Promotoria de Justiça de Nova Lima às Polícias Militar e Civil para que, nos casos de morte decorrente de intervenção policial militar, estando ou não o agente em serviço, atentem: 1- Os respectivos

procedimentos para se apurar tais mortes são da competência da Justiça Comum Estadual da comarca na qual funciona o Tribunal do Júri; 2- As atribuições para conduzir as investigações, procedendo a todos os atos, é exclusiva da Polícia Civil de Minas Gerais; 3- Os agentes de segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência, após acionarem a Polícia Civil, deverá zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia, inclusive para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização da perícia; 4- Após se dirigir ao local, o Delegado de Polícia responsável, deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; e, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, além das demais obrigações rezadas pelo regramento processual pátrio, providenciando para que o Inquérito Policial seja instaurado desde a ocorrência dos fatos; 5- O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Controle Externo da Atividade Policial e Apoio Comunitário (CAO-DH) deverá ser comunicado, em até 24 horas, das ocorrências; 6- A descrição, no REDS, no campo “provável descrição da ocorrência principal”, deverá estar de acordo com a Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais – DIAO, reforçando que o crime é o previsto no art. 121, do CP (com suas derivações, conforme o caso concreto) e assim deverá ser lançado no REDS, mesmo para fins de comunicação do flagrante delito, por força do art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e art. 74, do Código de Processo Penal (documento anexo).

A Recomendação 01/2022 foi expedida pela 1ª Promotoria de Pitangui às Polícias Militar e Civil, para que, nos casos de morte decorrente de intervenção policial militar, estando ou não o agente em serviço, atentem: 1- Os respectivos procedimentos para se apurar tais mortes são da competência da Justiça Comum Estadual da comarca na qual funciona o Tribunal do Júri; 2- As atribuições para conduzir as investigações, procedendo a todos os atos, é exclusiva da Polícia Civil de Minas Gerais; 3- Os agentes de segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência, após acionarem a Polícia Civil, deverá zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia, inclusive para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização da perícia; 4- Após se dirigir ao local, o Delegado de Polícia responsável, deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; e, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, além das demais obrigações rezadas pelo regramento processual pátrio, providenciando para que o Inquérito Policial seja instaurado desde a ocorrência dos fatos; 5- O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Controle Externo da Atividade Policial e Apoio Comunitário (CAO-DH) deverá ser comunicado, em até 24 horas, das ocorrências; 6- A descrição, no REDS, no campo “provável descrição da ocorrência principal”, deverá estar de acordo com a Diretriz Integrada de Ações

e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais – DIAO, reforçando que o crime é o previsto no art. 121, do CP (com suas derivações, conforme o caso concreto) e assim deverá ser lançado no REDS, mesmo para fins de comunicação do flagrante delito, por força do art. 125, § 4º, da Constituição Federal de 1988, do art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e art. 74, do Código de Processo Penal (documento anexo).

Do acervo de Recomendações para uniformizar o tratamento da violência letal em Minas Gerais, são referidas, ainda: 1) Recomendação s-n/ de 31/10/2023, da Promotoria de Justiça de Mutum; 2) Recomendação 01/2023, da 01ª Promotoria de Justiça de Januária; 3) Recomendação 01/2023 da 2ª Promotoria de Justiça de Esmeraldas; 4) Recomendação 01/2022 da 3ª Promotoria de Justiça de Timóteo; 5) Recomendação 04/2022 da Promotoria de Santa Vitória; 6) Recomendação 08/2022 da Promotoria de Guarani; 7) Recomendação 03/2022 da Promotoria de Monte Carmelo; 8) Recomendação 02/2022 da 01ª Promotoria de Mateus Leme; 9) Recomendação 01/2022 da 01ª Promotoria de Pitangui; 10) Recomendação 01/2022 da Promotoria de Nova Serrana; 11) Recomendação nº 01/2022 da 2ª Promotoria de São Francisco.

Todas elas *ignoradas* pela Polícia Militar de Minas Gerais.

Inicialmente através do Ofício 11.213/2021 – Ass. Jud. GCG, datado de 23/07/2021, ao prestar informações ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de conflito positivo de competência para apuração em procedimento administrativo investigatório em sede de Inquérito Policial, entre a autoridade de Polícia Militar Estadual e a autoridade de Polícia Judiciária Civil, quando houver o cometimento de crime doloso consumado ou tentado contra a vida de civil, tendo se posicionado o órgão ministerial local, assim como o representante do poder judiciário *contra legem* para que ocorra tais remessas para a Polícia Civil.

Posteriormente, através do Ofício 724.1.1/2022-CPM, investiu contra as Recomendações 08/2021 (11ª Promotoria de Ipatinga), 01/2022 (11ª Promotoria de Governador Valadares), 01/2022 (Três Marias), s-n/2022 (04ª Promotoria de Nova Lima), 01/2022 (01ª Promotoria de Pitangui) e Centro de Apoio Operacional das Promotorias dos Direitos Humanos, Controle Externo das Atividades Policiais e Apoio Comunitário (CAO-DH) (documento anexo – SEI 19.16.1946.0086242/2022-43).

V - MATÉRIA CONSTITUCIONAL

V - I - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA COMETIDOS POR MILITARES CONTRA CIVIL NÃO SÃO CRIMES MILITARES

Não há dúvida hermenêutica de que integra a base normativa do ordenamento jurídico brasileiro os direitos previstos na Constituição Federal, mas também os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, os quais são incorporados ao direito com *status* de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal) ou com caráter supralegal, em respeito ao princípio “*pro homine*” (art. 4º, II e 5º, § 2º da Constituição).

O STF consolida este reconhecimento, como, v.g., se encontra no RE 466.343/SP, DJe 05/06/2009, o qual decidiu sobre a prisão do depositário infiel. A Corte Suprema admitiu a suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, especialmente em relação àqueles não absorvidos na positividade constitucional, em razão do preceito contido no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O STF, neste caso-paradigma, nada mais fez do que reconhecer como válido para o ordenamento brasileiro, o controle de convencionalidade, ou seja, a obrigação de juízes e tribunais nacionais em aplicar a CADH, segundo a interpretação que dela faz a CIDH.

De fato, a CADH, no caso *Cabrer Garcia e Montiel Flores vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010, à unanimidade, firmou sua doutrina sobre o controle de convencionalidade para todos os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis, para que confrontem a compatibilidade formal e material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado-parte.

No caso do Brasil, este controle de convencionalidade deve dar-se em dois níveis, segundo o tratado internacional assuma a feição de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da Constituição Federal) ou com “status” de suprallegalidade conforme decidido pelo STF no RE 466.343/SP.

No entanto, segundo o Comando Geral da PMMG e Instrução Conjunta de Corregedorias nº 2 - Separata do BGPM nº 12. Polícia Militar de Minas Gerais, 2014 (documentos anexos), o art. 9º do CPM estabelece o que são crimes militares, deixando a cargo da Parte Especial positivar quais seriam estes crimes em espécie.

O art. 9º, II “c” prevê como crime militar os crimes previstos no CPM e os previstos na legislação penal, quando praticados por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva ou reformado ou civil.

Se o militar está de serviço, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, e pratica o crime contra civil, aperfeiçoa-se fato como crime militar.

Aperfeiçoando-se como crime militar, a competência para a apuração é da Polícia Judiciária Militar, em conformidade com o art. 8º do CPPM.

Em argumento complementar, alega que a Lei 13.694/2019, incluindo o art. 16-A no CPPM, passou a prever que caso servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurem como investigados em Inquéritos Policiais Militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 e 47 do Código Penal Militar, o indiciado poderá constituir defensor.

“A Constituição do Estado de Minas Gerais, determina os liames apuratórios de cada órgão, assim como as funções privativas da Polícia Civil de Minas Gerais, que não congloba a apuração investigativa dos crimes militares, conforme exposto” (Ofício 11.213/2021 – Ass. Jud. GCG, 23 de julho de 2021, anexo)

O entendimento está amparado na ADI 1.494-3/DF e permitiu ao Comando Geral da PM concluir que a competência para o julgamento do Tribunal do Júri é de ordem procedimental e não altera a natureza do crime militar.

O art. 82, § 2º do CPPM prevê que, nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum.

Segundo o art. 144, § 4º da Constituição Federal, a Polícia Civil incumbe a função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Cabe unicamente à Polícia Civil o exercício da Polícia técnico-científica

O crime doloso contra a vida de civil, praticado por agente militar no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, no entanto, não possui a natureza de crime militar.

O nominado entendimento, configurador claramente ato comissivo do Poder Público, é parcimonioso e expõe o direito à segurança pública a permanentes violações à Constituição e ao direito internacional, idôneas a serem coarctadas pela via da ADPF.

No julgamento do RE 260.404-6/MG, o STF, relator Min. Moreira Alves, DJ 18/06/2001, j. 22/03/2001, deixou assentado que o parágrafo único do art. 9º do CPM, inserido pela Lei 9.299/1996, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o art. 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no “*caput*” do artigo 124 da Constituição Federal.

Há vasto manancial jurisprudencial que consolida tal entendimento, ou seja, de que não se cuidam de crimes militares, v.g., STJ, HC 102.227/ES, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 27/11/2008; CC 45.134/MG, relator Min. Og Fernandes, 3ª Seção, j. 29/10/2008, DJe 07/11/2008.

Em nível doutrinário, por igual, veja-se LIMA (*Manual de processo penal*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 393/394), o qual preconiza que se o parágrafo único do art. 9º do CPM dispõe que os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são da competência da Justiça Comum, e tendo em conta que este parágrafo único foi inserido no artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz (art. 9º), entende-se que os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil foram implicitamente excluídos do rol dos crimes considerados como militares pelo CPM.

Existe um conflito aparente de normas entre os dispositivos previstos no art. 9º, II, “c” e § 1º.

Embora o art. 9º, II, “c” do CPM preveja como militar os crimes previstos no Código e na legislação especial quando praticado contra civil, o § 1º do mesmo artigo, determina que os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, são da competência do Tribunal do Júri, órgão da Justiça comum.

A despeito do embaralhamento de matérias seja nítido no art. 9º, § 1º do CPM, ali havendo a inserção de uma matéria processual, o sentido material do dispositivo afeta a natureza militar do crime, já que não há sentido em compreendê-los como crimes militares, mas julgados pelo Tribunal do Júri.

Não se compreende na competência constitucional do Tribunal do Júri o julgamento de militares por crimes militares. A competência do Tribunal do Júri é a do julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, “d” da Constituição Federal).

Portanto, o crime doloso contra a vida, quando praticado contra civil, possui a natureza de crime comum, inviabilizando a sua investigação pelo IPM. Neste sentido:

“Com efeito, desde a Lei 9.299/96, que alterou o art. 9º do CPM, os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, sejam tentados, sejam consumados, perderam a natureza militar” (MARCONDES MACHADO. *Investigação pela PM dos próprios homicídios dolosos revela autoritarismo*. Revista Consultor Jurídico - CONJUR, 29/08/17).

Se compete à Justiça comum o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar, haja vista não constituírem infrações militares, por certo não cabe à Polícia Militar a sua investigação.

A relação de interferência entre as normas infraconstitucionais (art. 9º, II, “c” e § 1º do CPM) resolve-se pela adequada interpretação constitucional.

Aliás, na ADI 5804-RJ, relator Min. Gilmar Mendes, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil questiona, por incompatibilidade vertical com a Constituição Federal, dispositivos das Leis Federais 13.491/2017 (altera o Decreto-lei 1.001/1969 - Código Penal Militar) e 9.299/1996 (altera dispositivos do Decreto-lei 1.001/1969 e 1.002/1969 - Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar), com os artigos 5º, LIII, LIV e parágrafos 1º, IV e § 4º do art. 144 da Constituição Federal.

Segundo a referida ADI, o Inquérito Policial Militar presidido por Oficiais das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal, para apuração dos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, para posterior ação penal perante a Justiça comum, atenta flagrantemente contra o inciso IV do § 1º e § 4º, ambos do art. 144 da Carta da República.

Da mesma forma, o inciso II do art. 9º da Lei federal 13.491/2017, que acrescentou ainda a expressão “(...) e os previstos na legislação penal”, no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

O Inquérito Policial e não o IPM é o instrumento de formalização da investigação dos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, art. 129, VIII c/c art. 144, parágrafos 1º, inciso IV e § 4º. O Inquérito Policial é a peça informativa adequada para a deflagração da competente ação penal pública do julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal).

O Min. Celso de Mello em seu voto na ADI 1.494/DF assim se expressou:

“Tenho para mim – presentes todas essas considerações – que se revela extremamente plausível a pretensão jurídica ora deduzida pela autora nesta sede processual. É que, não mais competindo, à Justiça Militar, o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares ou membros das Forças Armadas contra civil, nada pode justificar – especialmente ante as regras inscritas no art. 144, § 1º, IV e § 4º, da Carta Política – que tais infrações penais continuem sendo objeto de investigação, em I.P.M., pela autoridade policial militar, com evidente usurpação da atribuição investigatória constitucionalmente outorgada à Polícia Federal ou à Polícia Civil dos Estados-membros, conforme o caso”.

Na ADI 1.115-DF o Min. Néri da Silveira manifestou-se que o delegado de polícia de carreira é o presidente do inquérito policial. O Min. Carlos Velloso, no mesmo julgado, asseverou que a lei que retira dessas polícias (civil e federal) essa atribuição contraria a Constituição.

Na ADI 1.570-DF o Min. Maurício Corrêa enfatizou que a realização do inquérito é função que a Constituição reserva à polícia civil.

Questiona-se na ADI 5804/RJ que não seria razoável, dentro do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal), que a lei definidora da competência da Justiça Militar Estadual (art. 124, § 4º) ampliasse o seu âmbito e atuação, conferindo-lhe o processo e julgamento de crimes comuns, praticados por policiais militares em tempo de paz, no exercício de função de policiamento ostensivo de natureza civil. Por fim, propõe a inconstitucionalidade do art. 82, § 2º do CPPM, sem redução da expressão literal do texto, mediante interpretação conforme à Constituição, a fim de se lhe excluir a interpretação que permite que os oficiais das polícias militares dos Estados e Distrito Federal, no exercício de função de presidente de procedimento de inquérito policial militar para apuração dos crimes dolosos contra a vida e os previstos na legislação penal praticados contra civis, sendo competentes as polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal para a instauração do procedimento de inquérito policial, e, destarte, a Justiça Comum para processar e julgar os crimes cometidos por eles.

A ADI 4164/DF discute a constitucionalidade do art. 9º, II, “c” do CPM e art. 82, § 2º do CPPM, ambos com redação dada pela Lei Federal 9.299/1996, o último dispositivo prevendo o procedimento de inquérito policial militar para apuração dos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, para posterior ação penal perante a Justiça comum, o que atenta flagrantemente contra o inciso IV do § 1º e § 4º do art. 144 da Constituição Federal.

Conquanto as referidas ADIs estejam fundamentadas no direito interno, há questões de alta relevância a serem debatidas no campo da ADPF, como instrumento regulador da não pertinência não só do julgamento, mas, também da investigação preliminar com a instituição cujo membro foi o causador da violência letal.

A competência, inclusive investigatória, da Polícia Militar para os fatos que envolvam letalidade policial é excepcional.

O ponto resolutivo 16 da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, de 16 de fevereiro de 2017 condenou o Brasil a estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como principais acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado ou acusados.

Em conformidade com o art. 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a decisão da CHDH é vinculante para o Brasil.

O STF, no julgamento da ADPF 635-MC concluiu que a função constitucional do Ministério Público se amolda à exigência da CIDH no ponto resolutivo 16 da Sentença do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil.

No entanto, a despeito da competência investigativa do MP, reconhecida tanto na ADPF 635-MC quanto no RE 593.727, ainda há que se extirpar da ordem normativa interna preceitos frontalmente violadores à tutela dos direitos humanos na órbita internacional, como recomendado nos parágrafos 105, 163, 185, 187 e 188 da sentença Favela Nova Brasília vs. Brasil (CIDH, Sentença, 16 de fevereiro de 2017), para expungir-se do ordenamento brasileiro o IPM como instrumento que contenha investigação da violência letal praticada por agente público contra civis.

Em conclusão, conforme se encontra expresso na Informação Técnico Jurídica sobre letalidade policial nº 02/2022 (CAO-DH MPMG) (documento anexo), o cenário do controle da letalidade policial traz evidências de que um problema da magnitude da letalidade decorrente de intervenção policial evidenciada em todo o país demanda maior pujança no seu enfrentamento.

Isto porque, como diversas vezes já suscitado nesta Representação, no estado de Minas Gerais e em outros igualmente, perduram divergências acerca da competência para a investigação do crime doloso contra a vida de civil, praticado por militar

estadual, havendo, inclusive, reticência da SEJUSP e desatendimento reiterado por parte da Polícia Militar de Recomendações expedidas pelo MPMG e afronta a decisões vinculantes da CIDH.

Sumariando tais resistências institucionais, *vide* Nota Técnica 01/2019 CAO-DH MPMG, subscrita pela Procuradora de Justiça Cláudia Spranger e Silva Luiz Motta. (documento anexo).

VI - NÃO HÁ SEGURANÇA PÚBLICA TRANSPARENTE SEM UMA INVESTIGAÇÃO INDEPENDENTE

A investigação autônoma do Ministério Público e a correspondente obrigação de o Estado em garantir o controle externo da polícia com recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais civis ou militares encontra paradigma na sentença Honorato e outros x Brasil (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 27 de novembro de 2023).

Na parte dispositiva da sentença, o Brasil foi condenado a garantir ao Ministério Público do Estado de São Paulo os recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais civis ou militares, conforme parágrafo 189 da Sentença, o qual recomenda o fortalecimento da função do controle externo do Ministério Público no Estado de São Paulo:

No parágrafo 189 assim dispôs:

“O Tribunal recorda que os representantes solicitaram estruturar as áreas internas do Ministério Público para que exerçam de maneira adequada o controle externo da Polícia, por meio da instauração de procedimentos de investigação autônomos em casos de mortes e demais violações de direitos humanos cometidas por agentes de segurança pública (par. 183 *supra*). A esse respeito observa que do parecer pericial do senhor Suxberger, surge a necessidade de que o Ministério Público de São Paulo conte com recursos humanos e materiais para realizar o controle externo da atividade policial. Portanto, a Corte considera pertinente ordenar ao Estado que, dentro da função de exercer o controle externo da polícia, garanta que, em um prazo razoável, o Ministério Público de São Paulo conte com recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais, tanto civis como militares” (CIDH, caso Honorato e outros vs. Brasil, sentença de 27 de novembro de 2023).

Em data recente, as ADIs 2.943; 3.309 e 3.318 foram julgadas pelo STF, o qual reconheceu que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, as quais são obrigatórias, sob pena de responsabilidade funcional, sempre que houver suspeita

de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infrações penais ou sempre que mortes, ferimentos graves ou outras consequências sérias ocorram em virtude da utilização de armas de fogo por esses mesmos agentes.

Portanto, perante a Suprema Corte brasileira, não há mais lugar para questionamento sobre a competência do Ministério Público para realizar autonomamente a sua própria investigação criminal: *"Roma locuta, causa finita est"*!

A matéria encontra-se sedimentada e guarda coerência com o RE 593.727/MG, relator Min. Cezar Peluso, Tema 184 (Poder de Investigação do Ministério Público), Tribunal Pleno, 21/06/2012.

Não obstante a irreversibilidade destas preciosas decisões da Suprema Corte, a tutela e efetiva proteção de preceitos fundamentais está a meio-caminho.

Ainda falta à Suprema Corte deliberar sobre a possibilidade de permanência do Inquérito Policial Militar em um ordenamento que o exclui quando as vítimas são civis que receberam a morte pela mão do Estado.

Vale dizer que, no presente arco temporal, o Estado brasileiro ainda é um *Estado fora da lei no plano internacional*, situação prefigurada por KOMPARATO (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 533) para descrever a desorganização das relações internacionais quando um país não se submete às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A tramitação de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e outros instrumentos jurídicos perante o STF não inibe a propositura da ADPF, considerando a feição marcadamente objetiva desta ação (STF, ADPF nº 33, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006; ADPF nº 388, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, DJe 01/08/2016; ADPF nº 97, Tribunal Pleno, relator Ministra Rosa Weber, DJe 30/10/2014).

Veja-se que, a despeito da existência das ADIs em trâmite no STF referidas no item V.I precedente, não há questionamento das práticas institucionais, em especial da Polícia Militar no estado de Minas Gerais, as quais encontram até mesmo "codificadas" em instrução conjunta de corregedorias da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, no sentido de não ceder passo diante da ordem constitucional a qual confere às Polícias Cíveis e Federal a prerrogativa de investigar fatos criminosos no inquérito policial.

Enquanto o STF não se pronuncia em caráter definitivo sobre o estado de coisas relatado nesta Representação, os direitos de cidadania e os preceitos fundamentais da segurança pública são minados e desprezados por ações institucionais nefastas aos objetivos da República, em especial a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da Constituição Federal), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal) e da segurança (art. 5º, "caput" e art. 144 da Constituição Federal).

Ora, não é sem razão que, como consequência do quadro monopolístico da investigação pelas instituições militares quase sempre resulta em rejeitável impunidade generalizada, devido ao fechamento institucional ao controle externo e à desídia do Poder Judiciário, o que, na prática ocasiona mesmo o desenlace da responsabilização dos autores das mortes, posto que os casos raramente são investigados e seus

responsáveis, em geral, não são punidos (DORNELLES. *Conflito e segurança (entre pombos e falcões)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85).

Embora não seja nossa pretensão elencar todas as causas da nominada impunidade, estamos certos de que um desses fatores é a indevida permanência da investigação em poder da autoridade de polícia judiciária militar e não em poder da autoridade de polícia civil ou federal, conforme o caso concreto.

Não nos parece que o questionamento dos atos emanados pela Polícia Militar de Minas Gerais, corporificados no Comando Geral da PM e na instrução de corregedorias, ou, ainda, a desídia da SEJUSP e do Poder Judiciário em confrontar e debelar este estado de coisas inconstitucional, possa ser atacado por meio dos demais instrumentos constitucionais, restando apenas o recurso à ADPF, em conformidade plena com o art. 4º, § 1º da Lei 9.882/1999.

O direito à vida (art. 5º, “*caput*” da Constituição Federal) cerceia a amputação arbitrária da existência humana pelo Estado.

Em conformidade com o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nenhuma pessoa pode ser arbitrariamente privada de sua vida (STF, ADI nº 5243, Tribunal Pleno, relator Min. Édson Fachin, DJe 05/08/2019).

Violado o direito elementar humano, cabe ao Estado o dever legal de investigá-lo imparcialmente e de punir, se não houver qualquer circunstância justificadora extrema de dúvidas e imparcialmente investigada, os responsáveis.

É dever do Estado organizar um sistema de investigação que exclua o corporativismo e expulse os elementos culturais de aprovação “*interna corporis*” da violência letal contra civis, características lamentavelmente subsistentes nas práticas denunciadas nesta Representação e que se materializam em inumeráveis bloqueios institucionais, com máculas na efetividade da investigação e punição dos agentes responsáveis.

Como se observa, o monopólio fático das instituições militares quanto ao resultado da investigação da violência letal é uma política chancelada pelo próprio Estado de Minas Gerais e referendada pelo Poder Judiciário.

Quando esta política materializada na violência letal adentra o poder judiciário, inicialmente pela porta da Justiça Militar, que, em atendimento ao art. 82, § 2º do CPPM, recebe os autos de Inquérito Policial Militar, não há qualquer deliberação a fazer, senão a subversão da função jurisdicional em uma espécie de “pombo correio” para a Justiça comum, vale dizer, a mera remessa dos autos à Vara do Tribunal do Júri, por declínio de competência jurisdicional.

É o que ocorreu, “*exempli gratia*” nos autos do IPM 114.509/23 4ª CIA PM IND PE, instaurado em 31/08/2023, para apuração da morte do civil RAÍ EDUARDO TAVARES, fato ocorrido em Juiz de Fora e registrado no REDS 2023-0400756920-001.

O IPM 114.509/23 4ª CIA PM IND PE foi concluído em 23/10/2023, sem indiciamento e sem a oitiva sequer de uma testemunha civil, recebendo homologação do Comandante da Unidade em 09/11/2023 (documento anexo).

Recebidos os autos de IPM na 2ª AJME, Belo Horizonte, receberam o número 2001413-84.20239.13.0002, com distribuição por dependência do APFD 2000757-302023.913.0002.

O órgão do Ministério Público, com vista dos autos, emitiu manifestação no sentido de que, por se tratar de crime doloso contra a vida, a sua análise é constitucionalmente fixada ao Tribunal Popular, consoante art. 5º, XXXVIII “d” da Constituição da República e a Lei 9.299/1996 que instituiu o parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, sendo a Justiça Militar Estadual incompetente para sua apreciação (documento anexo).

O Juiz Auditor, em correspondência com aquela manifestação, reconheceu a constitucionalidade do art. 82, § 2º do CPPM, a despeito de reconhecer, em conformidade com a EC 45/2004 a competência da Justiça comum para processar e julgar o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, seja na modalidade tentada ou consumada.

O trâmite do IPM, portanto, impõe à Auditoria Militar uma função meramente receptiva e declinatória em favor da Justiça comum, sem nenhuma utilidade jurisdicional, senão a de carimbar a investigação e remetê-la à Vara do Tribunal do Júri, retrasando qualquer intervenção do Ministério Público, o qual seria, em tese, o órgão independente e imparcial para requerer providências e velar pela objetividade da investigação.

Como é facilmente perceptível, existe resistência institucional, não somente por parte da Polícia Militar, mas referendada judicialmente, pois o encaminhamento do APFD ou do IPM para a justiça militar, mesmo já havendo flagrante entendimento firmado, inclusive com base em dispositivos constitucionais e legais que definem a remessa do feito à Justiça comum, tal situação, para além de demonstrar o viés do clastro corporativista da PMMG, também resulta em preciosa perda de tempo para a tomada de medidas investigativas hábeis ao deslinde dos fatos.

No estado de Minas Gerais, com efeito, o Ato CGMP nº 2, de 28 de março de 2022, ao pautar a atuação do órgão do MP com ofício perante a Auditoria de Justiça Militar, no caso de morte violenta de vítima civil, exclui a atribuição do órgão oficiante junto às auditorias militares, no que toca à apreciação das ocorrências de letalidade policial, com exceção da interposição de recurso por deliberação unilateral para soltura do militar (art. 81, § 5º Ato CGMP nº 2, de 28 de março de 2022) (documento anexo).

Na Vara do Tribunal do Júri, onde os autos receberam o registro SISCOM 0048442-10.2022.8.13.0145, ao ser provocada para declarar a nulidade do APFD e do IPM respectivo, na medida em que a competência para a condução da investigação incumbia à Polícia Civil, o juízo cancelou a investigação, a despeito de concluir que ela deveria ser feita pela Polícia Civil, ante o que determina o art. 144, § 4º da Constituição Federal (documento anexo)

Existe uma simbiose entre as violações a preceitos fundamentais pela Polícia Militar de Minas Gerais e a função jurisdicional, criando um paradoxo, aliás

observado pelo juízo da Vara do Tribunal do Júri de Juiz de Fora, nos autos 0048442-10.2022.8.13.0145, segundo o qual o único “poder decisório” da Justiça Militar seria declarar-se incompetente (decisão autos 0048442-10.2022.8.13.0145 Vara do Tribunal do Júri de Juiz de Fora).

Neste trecho da decisão referida encontra-se materializado um grande paradoxo descrito por GARAPON (*Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 250), no qual as instituições penais tornam-se o local da separação entre o poder e o direito, visto que, embora tendo o poder de aplicar a Constituição, a decisão sob crítica faz prevalecer o direito inconstitucional e lhe dá validade, a despeito de abdicar de todo poder decisório.

Quando os órgãos jurisdicionais agem com ouvidos moucos para outras graves implicações da investigação da violência letal investigada no IPM, há a configuração de ato omissivo do Poder Público, precipitando os próprios atos jurisdicionais ao ataque pela ADPF (STF, ADPF nº 347-MC, Tribunal Pleno, relator Min. Marco Aurélio, DJe 19/02/2016).

Não se pode adotar política de segurança pública que nulifique o Poder Judiciário e a Polícia Civil para privilegiar um único ator do sistema de segurança pública, ou seja, a Polícia Militar, entregando ao Ministério Público o exercício da investigação autônoma, mas mantendo na instituição da Polícia Militar a prerrogativa de construir preliminarmente toda a prova e a narrativa dos fatos.

O direito à segurança tem que incluir como primado a condução isenta e imparcial da investigação dos crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por agentes do Estado, no exercício da função, ou a pretexto de exercê-la e isto não será obtível apenas com a intervenção do Ministério Público. Há mais o que fazer e crescer.

Em todo mundo civilizado, a segurança se insere no fundamento e na finalidade do estado moderno (PIEROTH; SCHLINK; KNIESEL. *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*. 7.Aufgabe. München: Verlag C. H. Beck, 2012, p. 19).

Como consta da petição inicial da ADPF nº 635-RJ STF, o direito à segurança é pressuposto da própria legitimidade do poder: “Trata-se de dever que, desde sempre, figura dentre as próprias justificativas para a legitimidade do poder estatal”.

Em síntese, a segurança não é só uma obrigação principal do Estado, como também se aloja na camada dos preceitos fundamentais da República.

Como serviço público essencial, a segurança pública deve ser prestada em favor do cidadão, não no interesse de um segmento, ainda que representativo das estruturas políticas do estado, como é, sem dúvida alguma, a Polícia Militar.

Não há segurança pública transparente se as investigações da letalidade policial não são conduzidas por um protagonista externo a ela, em condições de apurar o fato sem o compromisso corporativo e sem a pré-concepção de que em todas as mortes causadas pelo agente do estado, só há um *account*, ou seja, aquele que os próprios envolvidos apresentaram no boletim de ocorrência.

O protagonismo do Ministério Público necessita de bons coadjuvantes e da subtração à Polícia Militar de poderes investigatórios quando seus agentes matarem membros da população civil.

A despeito da inserção do Ministério Público como órgão independente para a investigação imparcial da letalidade policial, o que está sedimentado “ad nauseam” na jurisprudência do TIDH e do STF, há urgência e indispensabilidade de alinhar a sua atuação com a Polícia Civil, instituição que, ao fundo e ao cabo, possui expresso mandato constitucional de investigação (art. 144, § 4º da Constituição Federal).

Isoladamente considerado, sem o apoio e estrutura técnico-científica da Polícia Civil, o Ministério Público corre o risco de atuar apenas como “consumidor” da investigação contida no IPM, reduzindo-se a órgão meramente de fachada à investigação preliminar contida no IPM e sem efetividade na responsabilização dos causadores da letalidade policial: *“una persona non potest consequi omnem justitiam”*.

VII - PROPOSIÇÕES E REQUERIMENTO DE ENCAMINHAMENTO À CONAMP PARA AJUIZAMENTO DE ADPF

As propostas que aqui são apresentadas são apenas pautas mínimas para que o órgão de classe com representação nacional dos membros do Ministério Público possa desenvolver em sede de ADPF.

Está no justo caminho, no entanto, o aproveitamento das Recomendações, Notas Técnicas (CAO-DH MPMG) e Informação Técnico-Jurídica (CAO-DH MPMG), expedidas pelo MPMG em diversos atos referenciados nesta Representação.

É evidente que, em Minas Gerais, não só a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar são as instituições referidas como violadoras dos preceitos fundamentais, pois estão irmanadas nas suas finalidades institucionais e no cumprimento da Instrução Conjunta de Corregedorias nº 2 - Separata do BGPM nº 12. Polícia Militar de Minas Gerais, 2014.

Também é óbvio que a Secretaria de Estado e Justiça e Segurança Pública (SEJUSP), como órgão do Estado, aglutinador e gestor das ações das forças de segurança pública, civil ou militar, no estado de Minas Gerais, deve ser chamada à responsabilidade, por omitir-se e manter atualizado o quadro de violação a preceitos fundamentais da República e permitir que práticas de duvidosa constitucionalidade estabilizem a permanência da investigação na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar do estado, não havendo ação concreta sequer para orientação dos demais atores do sistema de justiça e persecução penal.

Trata-se de um quadro de catatonia institucional que, obviamente, não a exclui à responsabilização diante de um quadro gravíssimo de tensão e fragilização da segurança pública no estado de Minas Gerais, haja vista a notória existência de conflitos entre as duas mais relevantes instituições policiais sob a gestão do órgão de Estado.

A AJME segue o mesmo compasso.

Como se encontra referido nesta Representação, os casos de violência letal a ela encaminhados via IPM, são concluídos com uma decisão protocolar de “encaminhamento” à Justiça comum, sem nenhum controle jurisdicional não só sobre a pertinência do IPM ou a sua validação pela ordem jurídica constitucional e os tratados internacionais, ou, mesmo, sem qualquer atenção às decisões do TIDH que estende à investigação os critérios de independência e imparcialidade aos órgãos aos quais caiba a investigação (art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica).

Nesta justiça, inclusive, já um “déficit” normativo, já que o Ato CGMP nº 2, de 28 de março de 2022 prevê apenas o declínio de atribuição para o membro do MP na Vara do Tribunal do Júri, à exceção da possibilidade de interposição de recurso contra a determinação de soltura unilateral do militar a quem se possa imputar, em tese, homicídio.

Sugere-se o acionamento do STF para que no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, manejado por ADPF, acolha as seguintes proposições mínimas, independentes de outras que vierem a ser sugeridas pelos respectivos órgãos do Ministério Público:

1. Não compete à Polícia Judiciária Militar instaurar Inquérito Policial Militar para apuração de crime doloso contra a vida, praticado por militares contra civil.
2. As atribuições para conduzir as investigações são exclusivas da Polícia Civil e, subsidiariamente, do Ministério Público por meio de Procedimento Investigatório Criminal (ADPF 635-MC, julgamento concluído em 03/02/2022).
3. Os agentes de segurança pública que primeiro atenderem a ocorrência devem acionar a Polícia Civil e zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime até a chegada do Delegado de Polícia e Perícia Criminal.
4. A descrição, no REDS, no campo “provável descrição da ocorrência principal”, deverá estar de acordo com a Diretriz Integrada de Ações e Operações do Sistema de Defesa Social de Minas Gerais - DIAO - e o crime é o previsto no art. 121 do Código Penal, com suas derivações, conforme o caso concreto.
5. Cabe exclusivamente à autoridade de polícia a apreensão dos objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.
6. Cabe exclusivamente à autoridade de polícia, por meio de inquérito policial ou Auto de Prisão em Flagrante Delito, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

7. A autoridade militar que lavrar o REDS deverá apresentar o agente à autoridade de polícia civil.
8. O promotor de justiça com atribuições para o exercício do Controle Externo das Atividades Policiais e/ou com atribuições em crimes dolosos contra a vida, bem como a Corregedoria de Polícia Militar deverão ser imediatamente comunicados das ocorrências com registro de violência letal contra civil, devendo esta comunicação ser feita pela corporação militar a que pertencer o agente público. Igual procedimento deverá ser adotado para as comunicações ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Controle Externo da Atividade Policial e Apoio Comunitário (CAO-DH) - Belo Horizonte.
9. A AJME não é o órgão de justiça destinatário da comunicação de APFD ou de IPM nas situações em que haja violência letal causada por militares, consumada ou tentada.
10. A SEJUSP no estado de Minas Gerais deve adotar providências administrativas para que a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar cumpram a Constituição Federal e os tratados sobre direitos humanos aprovados em conformidade com o art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

Juiz de Fora, 10 de maio de 2024.

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

5º Promotor de Justiça da Comarca de Juiz de Fora/MG

Mestre em Direito (UGF/RJ, 2007)

Doutor em Ciências Sociais (UFJF/MG, 2017)

**REPRESENTAÇÃO PARA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

REPRESENTANTE	5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE JUIZ DE FORA/MG
DESTINATÁRIO	PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
REPRESENTADOS	ESTADO DE MINAS GERAIS POLÍCIA MILITAR E CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE MINAS GERAIS SECRETARIA DE ESTADO E JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (SEJUSP) PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ÍNDICE

- I - BREVE HISTÓRICO DOS FATOS
- II - ATO NÃO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO ESTADUAL VIOLADOR DE PRECEITO FUNDAMENTAL
- III - CABIMENTO DA ADPF
- IV - RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL
- V - MATÉRIA CONSTITUCIONAL
- V - I - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA COMETIDOS POR MILITARES CONTRA CIVIL NÃO SÃO CRIMES MILITARES
- VI - NÃO HÁ SEGURANÇA PÚBLICA TRANSPARENTE SEM UMA INVESTIGAÇÃO INDEPENDENTE
- VII - PROPOSIÇÕES E REQUERIMENTO DE ENCAMINHAMENTO À CONAMP

GRÁFICOS

- Gráfico 1 - LETALIDADE E VITIMIZAÇÃO POLICIAL NO BRASIL (2013-2021)
- Gráfico 2 - LETALIDADE E VITIMIZAÇÃO POLICIAL - MINAS GERAIS (2009-2017)
- Gráfico 3 - NÚMERO DE VÍTIMAS FATAIS (MINAS GERAIS) (2009-2021)
- Gráfico 4 - MORTES COMETIDAS POR POLICIAIS MILITARES EM MG (2018-2023)

Juiz de Fora, 10 de maio de 2024

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

5º Promotor de Justiça da Comarca de Juiz de Fora/MG
Mestre em Direito (UGF/RJ, 2007)
Doutor em Ciências Sociais (UFJF/MG, 2017)



Jurisprudência

The background of the page is a close-up photograph of a judge's gavel and a scroll. The gavel is positioned diagonally across the frame, with its head resting on a surface. The scroll is partially unrolled, showing the word 'Arguição' written in a stylized, cursive font. The lighting is dramatic, with strong highlights and shadows, creating a sense of authority and formality.

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 200.541 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): JACOB BARATA FILHO

IMPTE.(S): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Processual penal. 3. Competência e prisão preventiva. 4. Competência da primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Ausência de conexão com a Operação Ponto Final, em trâmite perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Colaboração premiada não fixa competência (INQ 4.130, Rel. Min. Cármen Lúcia). Autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final. 5. Concessão da ordem para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual em razão da ausência de conexão com a Operação Ponto Final.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Nunes Marques, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, julgar prejudicada a medida liminar e concedeu a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente pelos fatos narrados no Inquérito Policial n. 500280735.2020.4.02.5101. Prosseguindo, determinou a imediata remessa dos autos para a primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro bem como para o Ministério Público Estadual, vencido o Ministro Edson Fachin, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão 7 de dezembro de 2021.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

07/12/2021
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): JACOB BARATA FILHO

IMPTE.(S): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Daniela Rodrigues Teixeira e outros, em favor de Jacob Barata Filho, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no RHC 137.996/RJ, assim ementado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. *IN STATU ASSERTIONIS*. OPERAÇÃO CALICUTE. OPERAÇÃO PONTO FINAL. INQUÉRITO POLICIAL. CONEXÃO INTERSUBJETIVA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL COMUM. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (eDOC 17)

Os impetrantes alegam que o paciente seria alvo do inquérito policial 5002807-35.2020.4.02.5101, em razão da suposta prática de crimes apontados exclusivamente no contexto e a partir da colaboração premiada firmada entre Lélis Teixeira e a Procuradoria-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça.

Sustentam, ainda, a ilegalidade do inquérito, pois segundo aduzem, o próprio Ministério Público Federal e a 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro seriam incompetentes para sua tramitação.

A defesa impetrou *habeas corpus* no TRF2, o qual não foi conhecido. (eDOC 2)

Daí a impetração do *writ* no STJ, ao qual a Quinta Turma negou provimento, de forma unânime. (eDOC 17)

Neste Tribunal, a defesa requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja determinado o envio dos autos do inquérito policial 5002807-35.2020.4.02.5101 à Justiça Estadual e ao Ministério Público Estadual.

Requeridas, informações foram prestadas pelas autoridades competentes.

É o relatório.

07/12/2021
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): De plano, verifico que o remédio constitucional ora impetrado tem como objeto a competência para processar e julgar o paciente pelos supostos delitos de corrupção passiva e participação em organização criminosa, apontados no Inquérito Policial 5002807-35.2020.4.02.510, em trâmite na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e sob os cuidados do Ministério Público Federal.

1. Da competência da justiça estadual do Rio de Janeiro para apuração dos fatos

Os impetrantes sustentam que a competência natural para processar e julgar Jacob Barata Filho é da Justiça comum, já que ausente qualquer causa que suscite interesse federal ou acione regra de conexão a feitos em trâmite perante a Justiça Federal.

Suscitam, ainda, que os fatos apurados seriam absolutamente desconexos e não possuiriam relação de pertinência imediata com as demais investigações relacionadas ao paciente e eventualmente em trâmite na Justiça Federal.

Contudo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do TRF2 consideraram que a competência deveria ser da Justiça Federal ante a existência de conexão intersubjetiva e probatória entre o inquérito policial 5002807-35.2020.4.02.5101 e as ações penais originadas da Operação Ponto Final, que tramita no Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Eis o ponto central a ser analisado.*

Primeiramente, verifico que, *na colaboração que ensejou a instauração do inquérito (eDOC 12), não foi imputada ao paciente qualquer conduta ilícita que teria ofendido bens, serviços ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais, causa necessária à atração da competência da Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.*

As decisões do STJ e do TRF2 justificam a competência da Justiça Federal ao argumento de existência de conexão com os fatos investigados na chamada Operação Ponto Final, que envolve a apuração de crimes financeiros e que já se encontra sob processamento na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, passa-se a apreciar as referidas decisões. Transcreve-se trecho da decisão proferida pela 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no *Habeas corpus* 5005400- 14.2020.4.02.0000/RJ, acerca da competência para processar e julgar Jacob Barata Filho (eDOC 2, p. 3-5):

"Das peças que constam do anexo 5 do evento 1 (cópias do IPL) é possível constar que nos autos da Petição nº 12672/DF o i. Vice Procurador-Geral da República, solicitou a cisão e encaminhamento do anexo 19 do acordo de colaboração de LELIS TEIXEIRA à 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ, para instauração de IPL, pedido que foi deferido pelo Exmo. FÉLIX FISCHER:

(...) a instauração do IPL se deu em razão do encaminhamento determinado pelo Ministro FÉLIX FISCHER do c. STJ, que em sua decisão, acolhendo representação ministerial, reconheceu a competência da 7ª Vara Federal Criminal/SJRJ exatamente em razão de apontada conexão com os fatos tratados na denominada operação 'Ponto Final' (ações penais nº 0505914-23.2017.4.02.5101 e nº 0505915-08.2017.4.02.5101).

E não se pode também esquecer que nos autos da denominada operação 'Ponto Final' é imputado aos dirigentes da FETRANSPOR, dentre eles o paciente JACOB BARATA, suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional exatamente em razão desse apontado esquema de movimentação paralela de valores à margem do sistema bancário oficial, além de lavagem de dinheiro e integração à mesma organização criminosa envolvendo o ex-Governador SÉRGIO CABRAL (ação penal n.º 0505914-23.2017.4.02.5101), havendo nos depoimentos que retratam os anexos da colaboração premiada referência à movimentações realizadas sob esse mesmo modus operandi.

Em suma, trata-se de inquérito instaurado a partir de encaminhamento de peças em cumprimento a uma decisão do Exmo. Ministro FÉLIX FISCHER do c. STJ, que em seus termos já apontou conexão intersubjetiva e probatória com a denominada operação 'Ponto Final', nos termos do art. 76, incisos I e III do CPP, acolhendo manifestação do i. Vice- Procurador Geral da República.

Portanto, muito embora os impetrantes tenham apontado como autoridades coatoras os I. Procuradores da República e o Magistrado a quo, estão eles atuando em cumprimento e de acordo com aquilo que já definiu o Exmo. Ministro FÉLIX FISCHER acerca da cisão, competência e encaminhamento dos anexos do acordo de colaboração, não podendo este TRF da 2ª Região, nessas condições, emitir ordem de habeas corpus para dar ao material destino distinto daquele definido pelo próprio Exmo. Ministro que homologou a colaboração premiada".

Depreende-se da decisão que o ponto de aproximação entre os fatos imputados ao paciente e a Ação Penal 0505914-23.2017.4.02.5101 (Operação Ponto Final), a atrair a competência da Justiça Federal, seria precisamente a delação de Lélis Teixeira. (eDOC 3)

O mesmo raciocínio foi desenvolvido na decisão proferida pelo STJ, ora apontada como ato coator:

“Conforme se pode extrair dos autos, investiga-se, no âmbito do Inquérito Policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101, originado da remessa dos termos de colaboração premiada celebra por Lélis Marcos Teixeira (Pet n. 12.672/DF), o pagamento de vantagens ilícitas pelo recorrente, empresário do ramo de transportes, e outros agentes que integravam a Federação das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro (FETRANSPOR) a diversos agentes políticos no Estado do Rio de Janeiro, em troca de favorecimento dessas mesmas empresas em procedimentos administrativos e judiciais no Rio de Janeiro.

A Operação Ponto Final, que se afirma conexa ao Inquérito Policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101, constitui desdobramento da Operação Calicute, de competência da Justiça Federal comum. Nessas operações, identificou-se a existência de organização criminosa no Rio de Janeiro, capitaneada pelo ex-Governador Sérgio Cabral, voltada ao cometimento de crimes de corrupção ativa e passiva, de lavagem de capitais e contra o sistema financeiro nacional. Destacadamente, revelou-se que diversas empresas integrantes da Fetranspor, entre as quais empresas de propriedade do agravante, teriam pago vantagens espúrias a agentes públicos com o objetivo de garantir vantagens em procedimentos administrativos, dando origem à assim denominada ‘caixa de Fetranspor’.

A competência da Justiça Federal comum para o processo e julgamento das ações penais oriundas da Operação Calicute e da Operação Ponto Final já foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, por este Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante consignou o acórdão recorrido e como bem apontou o parecer do d. Subprocurador-Geral da República, é manifesta a conexão intersubjetiva e instrumental entre o Inquérito Policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101 e as ações penais originadas da Operação Ponto Final.

Com efeito, os fatos desvelados no âmbito das investigações evidenciam, no presente caso, o emprego da mesma estrutura paralela ao sistema financeiro oficial que teria viabilizado o pagamento de propina a numerosos agentes públicos, conforme exposto no curso das Operações Calicute e Ponto Final.

A semelhança do *modus operandi*, o uso de recursos oriundos da mesma ‘fonte de recursos’ e a relevante correspondência entre os investigados ou acusados nas investigações e processos citados

não permite outra conclusão senão a de que, em tese, está-se diante da mesma organização criminosa que, como averiguado em processos anteriores, atuou para o enriquecimento ilícito de numerosos agentes políticos integrantes da alta cúpula do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Rio de Janeiro.

À luz dessas razões, não vislumbro ilegalidade flagrante no acórdão recorrido que motive a concessão da ordem pleiteada. Desse modo, não havendo manifesta ilegalidade, a revisão das conclusões firmadas pelas instâncias ordinárias demandaria aprofundado revolvimento dos fatos e provas que instruem os autos, procedimento incompatível com o estreito âmbito de cognição do *habeas corpus*. (eDOC 17)

Na mesma linha, confira-se trecho da Portaria 90/2019, do Ministério Público Federal do Rio de Janeiro, que instaura o PIC contra o paciente:

“Trata-se de PIC instaurado a partir da cisão dos anexos do acordo de colaboração premiada firmado por Lélis Marcos Teixeira junto à Vice-Procuradoria Geral da República e homologado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da PET 12.672/DF. Em apertada síntese, segundo o colaborador, diversos vereadores receberam uma espécie de mesada para defesa dos interesses das empresas de ônibus na Câmara Municipal, em regra para a não edição de leis que prejudicassem o setor. Narra ainda que, além da caixinha mensal, houve pagamento de propina para alguns vereadores atuarem em favor das empresas de ônibus perante a CPI instalada em 2013 para fiscalização da operação do sistema de transportes da cidade do Rio de Janeiro.” (eDOC 3, p. 4)

Da apreciação dessas decisões, percebe-se que a linha argumentativa que fundamenta a suposta conexão instrumental com a Operação Ponto Final percorre 5 (cinco) passos centrais: (1) narrativa padrão dos fatos investigados no âmbito da Operação Ponto Final; (2) descrição do conteúdo da delação de Lélis Teixeira, que integrava a suposta organização criminosa investigada na Operação Ponto Final; (3) compilação do inquérito de Jacob Barata Filho, que encontra fundamento na delação de Lélis Teixeira; (4) suposição da participação de Jacob Barata Filho na organização criminosa investigada na Operação Ponto Final; e (5) conclusão pela conexão instrumental.

Analisando essa linha argumentativa, percebe-se nitidamente que o *único vínculo fático que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do réu Jacob Barata Filho na delação de Lélis Teixeira*, que liga o ponto 2 ao ponto 3 na linha argumentativa apresentada acima.

Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que *a colaboração premiada não fixa competência*. Conforme decidido por esta Corte, nos autos da QO no INQ 4.130, os fatos relatados em colaboração premiada não geram prevenção. Enquanto meio de obtenção de prova, os fatos relatados em colaboração premiada, quando não conexos com o objeto do processo que deu origem ao acordo, devem receber o tratamento conferido ao encontro fortuito de provas.

Corroborando essa assertiva, o Ministro Teori Zavascki assentou, no julgamento do INQ 4.244, que *“o encontro de evidências enquanto se persegue uma linha investigatória não implica, por si só, nenhuma das modalidades de conexão previstas na lei processual”*. Em outro precedente, a Primeira Turma decidiu que *“o simples encontro fortuito de prova de infração que não constitui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o simultaneus processus”* (RHC 120.379, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26.8.2014).

Importante observar que *a regra no processo penal é o respeito ao princípio do juiz natural, com a devida separação das competências entre Justiça Estadual e Justiça Federal*.

Assim, para haver conexão ou continência, seria necessário que, além da mera coincidência dos agentes, houvesse uma conexão fático-objetiva entre os fatos imputados ao paciente no inquérito policial 5002807-35.2020.4.02.5101 e aqueles investigados pelo Juízo da 7ª VF/RJ na Ação Penal 0505914-23.2017.4.02.5101 (Operação Ponto Final).

A cadeia causal de acontecimentos, desde os primeiros relatos e processos da Operação Ponto Final até os fatos imputados agora ao paciente, é bastante complexa.

Com efeito, se as investigações da força-tarefa continuam e novos fatos surgem, haverá sempre uma ligação mecânica do tipo *conditio sine qua non* com os primeiros fatos.

Esse raciocínio nos levaria, entretanto, à indevida conclusão de que todos os acontecimentos apurados pela força-tarefa seriam, *ad eternum*, atraídos para a 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, independentemente da competência natural para processar e julgar os fatos, tal qual ocorreu, de forma nefasta e com inconstitucionalidade reconhecida por esta Suprema Corte, no famigerado Juízo de Curitiba.

Conforme assentou-se em precedente desta Suprema Corte (Inq 4.130 QO, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 3.2.2016), o fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem determinadas apurações como fases da Operação Lava Jato, a partir de uma sequência de investigações sobre crimes diversos, não se sobrepõe às normas disciplinadoras de competência.

Deve-se ter em conta que a conexão e a continência são *“verdadeiras causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo”* (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal). No mesmo sentido destaca Vicente Greco Filho que *“a conexão e a continência são fatos, resultantes de vínculos entre as infrações penais ou seus agentes, que alteram o caminho ordinário de determinação*

da competência, impondo a reunião, num mesmo processo, de mais de uma infração ou mais de um agente” (GRECO FILHO, Vicente. Curso de Processo Penal, 2012).

Eugênio Paccelli de Oliveira (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6ª ed. 2ª triagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 247- 249), ao tratar do assunto, aponta que:

“A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza subjetiva, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza objetiva, em referência às circunstâncias de fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa. Em outras palavras, pode haver entre eles conexão, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração”.

No que se refere à continência, o mesmo doutrinador pontua:

“O processo penal brasileiro adota uma conceituação de continência absolutamente inadequada.

Não há na continência processual penal, com efeito, nenhuma relação de continente para conteúdo e tampouco identidade de partes, remanescendo apenas, do paradigma do processo civil (art. 104, CPC), a identidade de causa de pedir.

É o que ocorre na hipótese do art. 77, I, do CPP que dispõe haver continência quando ‘[...] duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração’.

(...)

Como visto, em todas estas situações, haverá unidade de conduta, embora em algumas delas possa ocorrer concurso de crimes, em razão do resultado lesivo a mais de um bem jurídico”.

Desta feita, a alteração da competência nessas hipóteses legais deve se limitar às restritas situações em que houver o concurso de agentes em crime específico, simultâneo ou recíproco, nos casos de crimes cometidos com a finalidade de ocultar infração anterior, quando houver um liame probatório indispensável, ou nas hipóteses de duas pessoas serem acusadas do mesmo crime (arts. 76 e 77 do CP).

Nesses casos, a finalidade é viabilizar a instrução probatória e impedir a prolação de decisões contraditórias.

A modificação da competência fora dessas específicas circunstâncias tem severo impacto sobre o núcleo essencial da garantia do juiz natural, ou seja, o juiz previamente definido a partir de regras gerais e abstratas, conforme exposto.

A competência não pode ser definida com base em critério temático e aglutinativo de casos atribuídos aleatoriamente pelos órgãos de persecução e julgamento, como se tudo fizesse parte de um mesmo contexto, independente das peculiaridades de cada situação.

Desse modo, no que concerne à questão da competência adequada para processar e julgar os fatos narrados em desfavor do paciente, imperiosa se faz ainda a realização de um cotejo analítico entre o conjunto fático narrado e aqueles fatos investigados no bojo da chamada Operação Ponto Final, sobretudo os que dizem respeito às práticas de corrupção e organização criminosa.

Apesar da coincidência parcial de réus nessas ações penais, verifica-se que *há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final*. A narrativa demonstra que os fatos se encontram em uma linha de desdobramento desvinculada das imputações e provas contidas na determinada Operação.

Depreende-se que as apurações dos crimes de corrupção passiva e organização criminosa que lhe foram imputados têm início, como já dito, nas declarações do colaborador Lélis Teixeira, supostamente integrante do núcleo econômico da organização criminosa liderada pelo ex- Governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral e presidente executivo da FETRANSPO à época dos fatos investigados na Operação Ponto Final – *a delação de Lélis Teixeira representa o principal vínculo entre a Operação Ponto Final e o paciente*.

Nos termos do relato do colaborador *“QUE então os empresários Jacob Barata Filho e João Augusto Moraes Monteiro procuraram o então Presidente Jorge Felipe cobrando um posicionamento quanto ao ocorrido, ou seja, indagaram o motivo’ pelo qual a CPI havia sido instalada, a despeito do pagamento de valores mensais, feito por intermédio dele, Jorge Felipe”* (eDOC 3, p. 83).

Sobre esse material, é preciso dizer, no entanto, que o inquérito não especifica o conteúdo dos atos que teriam sido praticados pelo paciente em favor da suposta organização criminosa, com exceção de ter participado de uma reunião a respeito das *“estratégias a serem tomadas para o encerramento da CPI DOS ÔNIBUS”*. (eDOC 3, p. 8)

A falta de aprofundamento sobre a atuação do paciente nos referidos procedimentos implica que não há como se depreender uma relação necessária de conexão probatória entre os atos praticados por Jacob Barata Filho e os fatos apurados na Operação Ponto Final. De fato, não se consegue vislumbrar uma delimitação fática dos delitos imputados ao paciente que seja minimamente relacionada aos supostos crimes investigados na Operação Ponto Final.

Diante dos fatos acima analisados, *confirma-se a hipótese de que o único liame existente entre as investigações da Operação Ponto Final e as condutas imputadas a Jacob Barata Filho seria a colaboração de Lélis Teixeira.*

Por essa razão, a tese de conexão instrumental, levantada pela acusação, não deve prosperar.

Os fatos imputados ao paciente divergem dos complexos fatos descritos na Operação Ponto Final a tal ponto que não é possível falar em um vínculo direto de influência entre os distintos acervos probatórios, já que não existe um vínculo interno necessário entre ambos os conjuntos fáticos, isto é, não existe o risco de haver decisões contraditórias acerca dos fatos – trata-se de um acervo fático autônomo.

Como se depreende da denúncia, não existe uma linha de continuidade traçada com segurança entre as supostas condutas dos membros da organização criminosa então liderada por Sérgio Cabral e os fatos imputados ao paciente que justifique o reconhecimento da conexão, seja pela fragilidade dos indícios trazidos pela acusação seja pela autonomia do conjunto fático ligado a Jacob Barata Filho.

Esse entendimento harmoniza-se com o perfilhado por esta egrégia Segunda Turma no julgamento do HC 181.978, cuja ementa transcreve-se abaixo:

Ementa: Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Processual penal. 3. Competência e prisão preventiva. 4. Competência da primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Ausência de conexão com a Operação Ponto Final, em trâmite perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. O único vínculo fático-objetivo que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do agravado na delação de Lélis Teixeira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que a colaboração premiada não fixa competência (INQ 4.130, Rel. Min. Cármen Lúcia). Apesar de haver coincidência parcial de réus nessas ações penais, verifica-se que há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final. 5. Ilegalidade da prisão preventiva. No caso concreto, a prisão preventiva não está alicerçada em elementos concretos que justifiquem a necessidade de segregação cautelar, tampouco há dados nos autos que indiquem a existência de periculosidade do agravado. Segregação cautelar fundamentada em suposições e ilações. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 181978 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021)

É digna de nota a similitude fática entre esse precedente e o caso em tela. Isso porque, naquele precedente, o colegiado também considerou que não havia conexão entre supostos ilícitos narrados em acordo de colaboração de Lélis Teixeira e aqueles investigados no bojo da Operação Ponto Final.

O paciente do HC 181.978 era investigado por ter, na condição de Promotor de Justiça Titular da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital, atuado em organização criminosa da qual fariam parte José Carlos Lavouras, Jacob Barata, Lélis Teixeira e Helena Maia.

Nesse julgado, a Segunda Turma reconheceu justamente que não havia continuidade entre as supostas condutas dos membros da organização criminosa então liderada pelo ex-Governador Sérgio Cabral e os fatos imputados ao paciente, que consistiriam, em síntese, em atos de corrupção supostamente voltados à beneficiar os mesmos empresários da FETRANSPOR.

Portanto, à semelhança do que fora decidido no HC 181.978, não havendo demonstração de elementos suficientes para reconhecer uma conexão derivada do interesse probatório entre os fatos ora imputados ao paciente e os fatos apurados na Operação Ponto Final e inexistindo, por ora, indícios de cometimento de crime que envolva a lesão a bens jurídicos da União, *entendo que a competência é da primeira instância da Justiça Estadual*.

Ressalto ainda que, nada impede que, com o andamento das investigações, se chegue a fatos outros que são investigados em outras ações penais. Contudo, até o momento, não há qualquer indício suficiente nesse sentido que possa afastar a regra do juiz natural.

Ademais, a título de *obiter dictum*, ressalta-se ainda que a necessidade de harmonização do princípio constitucional do juiz natural com a aplicação das regras processuais de conexão e continência no âmbito da apuração de crimes econômicos têm sido refinada na jurisprudência dos Tribunais pátrios, *buscando justamente afastar o fenômeno da supercompetência*.

Nesse sentido, transcrevo julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no HC 0005322-76.2018.4.02.0000, que ilustra as discussões sobre conexão processual na apuração dos crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa:

“Todavia, como se observa dos trechos transcritos, consultando os termos de colaboração premiada de VINICIUS CLARET (‘JUCA’), CLAUDIO BARBOZA (‘TONY’) e ALESSANDRO LABER, não se constata nenhuma ligação direta de ação delitiva atribuída ao paciente ARTHUR MACHADO que tivesse pertinência próxima com as ações praticadas pela organização criminosa integrada pelo ex-Governador SÉRGIO CABRAL.

O fato de um mesmo ‘lavador de dinheiro’ (no caso doleiros) atuar para várias pessoas que desejam remeter ou trazer moeda para o país com

vistas a escamotear outros crimes, seu produto ou proveito não faz disso uma relação direta de conexão entre fatos delituosos.

Ainda que haja uma espécie de compensação que um doleiro em tese ‘lavador’ execute para possibilitar a remessa de valores para o exterior em benefício de uma das pessoas a quem presta seus ‘serviços’ ao mesmo tempo em que essa mesma operação permite o aporte em reais a outra que também se beneficia através desse mesmo doleiro no país, isso, por si só, não induz conexão entre a lavagem de dinheiro operada para um e para o outro se o único elo de conexão é exatamente a atuação desse doleiro que atuaria clandestinamente em prol de múltiplos ‘clientes’.

Nossa legislação de lavagem de dinheiro (Lei n.º 9.613/98) contempla a autonomia do autor deste crime que sequer precisa atuar ou ser o mesmo agente que pratica os crimes antecedentes, possibilitando assim que atue atendendo múltiplas pessoas acerca de valores produto ou proveito de crimes diversos sem conexão uns com os outros.

Ora, o relato do quanto atribuído ao paciente ARTHUR MACHADO no que concerne ao ingresso compensado via dólar-cabo com valores em reais, ao menos de acordo com o quanto agora denunciado pelo MPF, não aponta direcionamento desses valores para eventual pagamento de propina ao ex-Governador SÉRGIO CABRAL ou seus coautores diversos nos processos conexos aos quais responde.

Observa-se dos trechos da primeira decisão de prisão preventiva, ainda antes do oferecimento da denúncia, conforme trechos abaixo transcritos, que não há relação direta atestada entre as ações imputadas ao paciente ARTHUR MACHADO e a organização criminoso integrada pelo Ex-Governador SÉRGIO CABRAL” (grifos nossos).

Destaca-se ainda decisão recente desta relatoria na Reclamação 36.542/DF, em que se reafirma o entendimento assente na jurisprudência deste Tribunal (PET 7.075/DF e Inq 4.130/PR) de que a atração de competência da 13ª Vara Federal de Curitiba não prescinde da demonstração de vínculo objetivo entre os fatos investigados na demanda e aqueles relativos a fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras:

“Conforme se depreende, é incontroverso que os fatos apurados na Ação Penal 5033771-51.2018.4.04.7000 limitam-se a denúncias de corrupção relacionadas à aprovação do Governo Federal dos parcelamentos especiais previstos nas Medidas Provisórias 449/2008 e 470/2009, e depois na Lei 12.249, de 11.6.2010, de conversão da

Medida Provisória 472/2009, no que foi, à época, denominado de 'Refis da Crise'.

O objeto da apuração penal pelo Juízo reclamado, portanto, cinge-se a uma suposta relação de corrupção entre o Governo Federal, do qual o reclamante era membro, e a construtora Odebrecht, tendo sido mencionada a questão do chamado Refis da Crise, que estaria maculado e teria beneficiado, principalmente, a empresa Braskem Petroquímica. (eDOC 5, p. 13).

Verifica-se que tais fatos não possuem nenhuma relação com o parâmetro de definição da competência da Justiça Federal de Curitiba sobre a Operação Lava Jato, qual seja 'apuração de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras'. (PET 7.075, Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 6.10.2017).

Além de os fatos imputados não dizerem respeito aos escândalos investigados no âmbito daquela empresa estatal, não se verifica qualquer relação de conexão (art. 76, CPP) ou continência (art. 77, CPP) que pudesse atrair a apuração para a Seção Judiciária de Curitiba, 'ainda que os esquemas fraudulentos investigados possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo)' (INQ 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 3.2.2016).

A empresa Braskem Petroquímica – e não a Petrobras – teria sido a figura central dos fatos imputados ao reclamante na Ação Penal 5033771- 51.2018.4.04.7000, e aquela empresa seria 'a principal beneficiada pelo acerto de corrupção e que também teriam provindo dela, segundo a denúncia, os recursos que geraram o crédito de cinquenta milhões de reais para Guido Mantega, o que sugere o conhecimento e a participação ativa deles no crime'. (eDOC 5, p. 11).

A única relação que pode se cogitar entre as duas empresas reside no fato de a Petrobras possuir participação acionária na Braskem, sem qualquer relação de controle societário.

Tal circunstância, no entanto, não tem o condão de estabelecer um liame entre os fatos investigados na Ação Penal 5033771- 51.2018.4.04.7000 e aqueles objeto de apuração nas ações da Operação Lava Jato.

Em uma apreciação atenta da denúncia, fica claro que, na realidade, a questão da Petrobras é mencionada muito mais no sentido de uma reconstrução geral dos primeiros fatos e processos da Operação

Lava Jato do que em um contexto ligado aos desdobramentos específicos que ensejaram o oferecimento da denúncia em desfavor do reclamante. (eDOC 4, p. 5 e ss)”.

Nos casos relacionados à Operação Lava Jato, a par dos referidos recentes julgados, o Supremo vem construindo ao longo dos últimos anos importante referencial jurisprudencial, que vai desde a QO suscitada no INQ 4.130 até a decisão monocrática do Min. Edson Fachin no próprio HC 193.726, passando pelos INQs 4.244, 4.327 e 4.483 e pelas PETs 6.863, 6.727 e 8.090. Tal quadro balizador, que se aplica a este caso concreto, como se viu, sintetiza essa construção:

“1- A prevenção não é critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, tratando-se de regra de aplicação residual;

2- O estabelecimento de um juízo universal para a apuração de desvios envolvendo vantagens indevidas pessoais ou a partidos políticos viola a garantia do juiz natural;

3- A atração de competência por conexão e continência pressupõe clara demonstração da linha de continuidade e necessidade probatória entre os fatos ligados à Operação Lava Jato e a conduta concreta individualizada do réu, não podendo encontrar fundamentos em meras presunções;

4- A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência;

5- Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas;”

Ante o exposto, prejudicada a liminar, *concedo a ordem para reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente pelos fatos narrados no Inquérito Policial n. 5002807- 35.2020.4.02.5101. Determino a imediata remessa dos autos para a primeira instância da Justiça Estadual bem como para o Ministério Público Estadual.*

É como voto.

07/12/2021
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO

VOTO DIVERGENTE

O Senhor Ministro EDSON FACHIN: 1. Senhor Presidente, a despeito de cumprimentar o eminente Relator pelo judicioso voto, *ousar externar compreensão diversa* da apresentada por Sua Excelência, o eminente Ministro GILMAR MENDES, pois, sob meu olhar, *não assiste razão aos impetrantes*.

2. Como já pontuei em outros julgamentos – em especial, do HC n. 181978 AgR e em seu pedido de extensão –, a competência da Justiça Federal e a prevenção do Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, para processamento e julgamento dos fatos que envolvem essa Operação, já foi chancelada tanto pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do HC n. 0005493-73.2018.4.02, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, ao exame da Pet no RHC n. 90.040, oportunidade em que a Corte Superior salientou que, no caso, *“a competência da Justiça Federal não é afetada pela origem do bem jurídico atingido (federal ou estadual), uma vez que se está diante de esquema criminoso para desvio de verba pública por uma organização criminosa, de tamanha magnitude, especificidade e com os diversos esquemas de corrupção”*.

Nessa toada, em meu modo de ver, tal qual decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *os fatores de coligamento entre a Ação Penal n. 0505914-23.2017.4.02.5101 e o Inquérito Policial n. 5002807- 35.2020.4.02.5101 não permitem a cisão dos casos, para processamento e julgamento de parte apenas dos réus perante a Justiça Federal nem para o seu processamento e julgamento integral pela Justiça Estadual – como pretendido pelos impetrantes*.

Afinal, imputa-se ao paciente a conduta de ter feito parte da organização criminosa supostamente capitaneada pelo ex-Governador de Estado Sérgio Cabral, e, nesse encadeamento, de, dentre outras condutas, controlar a arrecadação semanal da propina junto às empresas de ônibus e repassar os valores ilícitos a agentes públicos, incluindo o ex- Governador, que recebeu entre julho de 2010 e outubro de 2016, a quantia total de R\$ 144.781.800,00 (cento e quarenta e quatro milhões, setecentos e oitenta e um mil e oitocentos trinta mil reais).

Além da propina repassada ao líder da organização criminosa, o montante de, ao menos, R\$ 43.400.000,00 (quarenta e três milhões, e quatrocentos mil reais) teria sido destinado, entre 07/2010 e 02/2016, ao então presidente do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro – DETRO, bem como pagas mesadas, no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), no período de 2014 a 2016, a membro do Ministério Público daquele Estado para (i) impedir que investigações em curso na Promotoria, da qual era o titular, resultassem em ações civis públicas em desfavor dos corruptores e ainda (ii) repassar informações privilegiadas, concernentes

a processos em curso junto a outras promotorias do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Nada obstante esta Segunda Turma, no julgamento do referido HC 181978 AgR, tenha decidido que, ao menos quanto às condutas imputadas ao referido Promotor de Justiça e até então apurados na Ação Penal n. 0073963-75.2019.8.19.0000 fossem processadas e julgadas pelo Juízo Estadual, penso que a situação posta sob exame não pode desaguar em idêntico resultado, porquanto tanto no ato ora inquinado coator (acórdão do STJ, eDOC 17) quanto no *decisum* exarado pelo Tribunal de origem (eDOC 2), aliás, encontram-se bem dissecadas as divisões de tarefas e a busca do bem comum do braço da organização criminoso ao qual, ao menos tese, o paciente integraria com protagonismo, fazendo parte de seu “núcleo econômico”.

Consoante apontado pelo TRF/2ª Região:

[...] não se pode também esquecer que nos autos da denominada operação “Ponto Final” é imputado aos dirigentes da FETRANSPOR, dentre eles o paciente JACOB PARATA, suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional exatamente em razão desse apontado esquema de movimentação paralela de valores à margem do sistema bancário oficial, além de lavagem de dinheiro e integração à mesma organização criminoso envolvendo o ex-Governador SÉRGIO CABRAL (ação penal n.º 0505914-23.2017.4.02.5101), havendo nos depoimentos que retratam os anexos da colaboração premiada referência à movimentações realizadas sob esse mesmo *modus operandi*.

Lado outro, muito embora consignado no referido acórdão proferido pelo Tribunal de origem, que fora o *“inquérito instaurado a partir de encaminhamento de peças em cumprimento a uma decisão do Exmo. Ministro FÉLIX FISCHER do c. STJ, que em seus termos já apontou conexão intersubjetiva e probatória com a denominada operação “Ponto Final”, nos termos do art. 76, incisos I e III do CPP, acolhendo manifestação do i. Vice-Procurador Geral da República”, de maneira que “muito embora os impetrantes tenham apontado como autoridades coatoras os I. Procuradores da República e o Magistrado a quo, estão eles atuando em cumprimento e de acordo com aquilo que já definiu o Exmo. Ministro FÉLIX FISCHER acerca da cisão, competência e encaminhamento dos anexos do acordo de colaboração, não podendo este TRF da 2ª Região, nessas condições, emitir ordem de habeas corpus para dar ao material destino distinto daquele definido pelo próprio Exmo. Ministro que homologou a colaboração premiada”, fato é que, também como outro por mim registrado no julgamento do HC 181978 AgR e seu pedido de extensão, os referidos fatores de correlação não se restringem à mencionada colaboração premiada.*

Nessa linha, não entendo merecer reproche a conclusão alcançada no âmbito da Corte antecedente, segundo a qual:

“Os fatos desvelados no âmbito das investigações evidenciam o emprego da mesma estrutura paralela ao sistema financeiro oficial que teria viabilizado pagamento de propina a numerosos agentes públicos, conforme exposto no curso das Operações Calicute e Ponto Final. À semelhança do *modus operandi*, o uso de valores oriundos da mesma “fonte de recursos” e a relevante correspondência entre os investigados ou acusados nas investigações e processos citados não permite outra conclusão senão a de que, em tese, está-se diante da mesma organização criminoso que, como averiguado em processos anteriores, atuou para o enriquecimento ilícito de numerosos agentes políticos integrantes da alta cúpula do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Rio de Janeiro.”

A conexão intersubjetiva, prevista no inciso I do art. 76 do Código de Processo Penal, bem como a conexão instrumental ou probatória, definida no inciso III do mesmo dispositivo legal, a mim se apresentam de forma nítida no caso em exame, a inviabilizar a pretensão defensiva.

Para o estabelecimento da primeira, mais uma vez rememoro clássica lição de Frederico Marques, para quem “*não é necessário que o desenvolvimento temporal das infrações coincida estritamente, no sentido de identidade do início dos respectivos atos de execução e de identidade na consumação, o que é quase impossível*” (in *Da competência em matéria Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1, p. 287).

E, para a segunda, colho as palavras do ilustre Professor gaúcho Aury Lopes Júnior, para quem “*relação de natureza probatória (a prova de um crime influi na prova de outro) ou de prejudicialidade (quando a existência de um crime depende da existência prévia de outro)*” é o que importa. Sendo, “*sem dúvida, a conexão mais ampla, pois o interesse probatório vai muito além de qualquer relação de prejudicialidade penal. Importa aqui a relação probatória, onde uma prova pode servir de esclarecimento de ambos os crimes. Demonstrado esse interesse probatório, deve-se relativizar a questão da prejudicialidade, e reunir tudo para julgamento (e instrução) único*” (in *Direito Processual penal e a sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I, p. 447).

Outrossim, também tal qual consignado pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão objeto da presente irressignação, “*A fixação da competência jurisdicional deve ser feita com base no conjunto de fatos evidenciados pelos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial e pela narrativa formulada na peça acusatória, in statu assertionis, ou seja, à luz das afirmações do órgão acusatório*”.

3. Por essas razões, rogando vênias ao eminente Relator, por não identificar flagrante ilegalidade ou teratologia nas decisões proferidas pelas Cortes antecedentes, *denego a ordem de habeas corpus* vindicada.

É como voto.

07/12/2021
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Jacob Barata Filho, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ no RHC 137.996/RJ, assim ementado:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. *IN STATU ASSERTIONIS*. OPERAÇÃO CALICUTE. OPERAÇÃO PONTO FINAL. INQUÉRITO POLICIAL. CONEXÃO INTERSUBJETIVA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL COMUM. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO”. (eDOC 17)

[...]

II - A fixação da competência jurisdicional deve ser feita com base no conjunto de fatos evidenciados pelos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial e pela narrativa formulada na peça acusatória, *in statu assertionis*, ou seja, à luz das afirmações do órgão acusatório.

III – No âmbito do Inquérito Policial n. 5002807- 35.2020.4.02.5101, originado da remessa dos termos de colaboração premiada celebra por Lélis Marcos Teixeira (Pet n. 12.672/DF), investiga-se o pagamento de vantagens ilícitas por Jacob Barata Filho, empresário do ramo de transportes, e outros agentes que integravam a Federação das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro (FETRANSPOR) a diversos agentes políticos no Estado do Rio de Janeiro, em troca de favorecimento dessas mesmas empresas em procedimentos administrativos e judiciais no Rio de Janeiro.

IV - A Operação Ponto Final, conexa ao Inquérito Policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101, constitui desdobramento da Operação Calicute, de competência da Justiça Federal comum. Nessas operações, identificou-se a existência de organização criminosa no Rio de Janeiro, capitaneada pelo ex-Governador Sérgio Cabral, voltada ao cometimento de crimes de corrupção ativa e passiva, de lavagem de capitais e contra o sistema financeiro nacional. Destacadamente, revelou-se que diversas empresas integrantes da

Fetranspor, entre as quais empresas de propriedade do agravante, teriam pago vantagens espúrias a agentes públicos com o objetivo de garantir vantagens em procedimentos administrativos, dando origem à assim denominada “caixa de Fetranspor”.

V - A competência da Justiça Federal comum para o processo e julgamento das ações penais oriundas da Operação Calicute e da Operação Ponto Final já foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, por este Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, é manifesta a conexão intersubjetiva e instrumental entre o Inquérito Policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101 e as ações penais originadas da Operação Ponto Final.

VI - Os fatos desvelados no âmbito das investigações evidenciam o emprego da mesma estrutura paralela ao sistema financeiro oficial que teria viabilizado o pagamento de propina a numerosos agentes públicos, conforme exposto no curso das Operações Calicute e Ponto Final. A semelhança do *modus operandi*, o uso de valores oriundos da mesma “fonte de recursos” e a relevante correspondência entre os investigados ou acusados nas investigações e processos citados não permite outra conclusão senão a de que, em tese, está-se diante da mesma organização criminosa que, como averiguado em processos anteriores, atuou para o enriquecimento ilícito de numerosos agentes políticos integrantes da alta cúpula do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Rio de Janeiro.

VII - Não havendo manifesta ilegalidade no acórdão recorrido, a revisão das conclusões firmadas pelas instâncias ordinárias demandaria aprofundado revolvimento dos fatos e provas que instruem os autos, procedimento incompatível com o estreito âmbito de cognição do *habeas corpus*.

Agravo regimental desprovido. “

Os argumentos centrais da impetração são, em apertada síntese, os seguintes: (i) incompetência do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro para apreciação do Inquérito Policial 5002807- 35.2020.4.02.5101; (ii) ausência de pertinência imediata com as demais investigações relacionadas ao Paciente, que tramitam perante a 7ª. Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no âmbito das operações denominadas “Calicute” e “Ponto Final”; (iii) ausência de interesse da União, na forma do art. 109, IV, da CF/1988.

Ao final, pede:

“[...] seja concedida a ordem do presente *Habeas corpus* a fim de se determinar o envio dos autos do inquérito policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101 à Justiça Estadual e ao Ministério Público Estadual.” (e-doc. 1)

O relator, Ministro Gilmar Mendes, votou pela concessão da ordem para declarar a incompetência da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

É o relatório, naquilo que importa.

Bem reexaminados os autos, acompanho o percutiente voto do relator.

A questão central consiste na validade da perpetuação da competência do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro – 7ª VF/RJ para o processamento do Inquérito Policial 5002807- 35.2020.4.02.5101 – instaurado para apuração dos crimes de corrupção passiva e organização criminosa – em razão da suposta conexão instrumental com as ações penais originadas da Operação Ponto Final, que tramitam no referido Juízo Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Com efeito, o acórdão do STJ justifica a competência da Justiça Federal sob o frágil argumento de existir conexão com os fatos investigados na chamada Operação Ponto Final, especialmente em razão da colaboração premiada de Lélis Teixeira. A referida perseguição criminal, como é notório, envolve a apuração de crimes financeiros e encontra-se em trâmite na 7ª VF/RJ. (e-docs. 2 a 16)

Ocorre que o único vínculo existente entre as investigações da Operação Ponto Final e as condutas imputadas ao paciente consiste na colaboração de Lélis Teixeira. Nesse sentido, subscrevo as valiosas observações do relator sobre a autonomia dos mosaicos fáticos subjacentes:

“[...] Nos termos do relato do colaborador ‘QUE então os empresários Jacob Barata Filho e João Augusto Moraes Monteiro procuraram o então Presidente Jorge Felipe cobrando um posicionamento quanto ao ocorrido, ou seja, indagaram o motivo’ pelo qual a CPI havia sido instalada, a despeito do pagamento de valores mensais, feito por intermédio dele, Jorge Felipe’ (eDOC 3, p. 83).

Sobre esse material, é preciso dizer, no entanto, que o inquérito não especifica o conteúdo dos atos que teriam sido praticados pelo paciente em favor da suposta organização criminosa, com exceção de ter participado de uma reunião a respeito das “estratégias a serem tomadas para o encerramento da CPI DOS ÔNIBUS”. (eDOC 3, p. 8)

A falta de aprofundamento sobre a atuação do paciente nos referidos procedimentos implica que não há como se depreender uma relação necessária de conexão probatória entre os atos praticados por Jacob Barata Filho e os fatos apurados na Operação Ponto Final. De fato,

não se consegue vislumbrar uma delimitação fática dos delitos imputados ao paciente que seja minimamente relacionada aos supostos crimes investigados na Operação Ponto Final.

Diante dos fatos acima analisados, confirma-se a hipótese de que o único liame existente entre as investigações da Operação Ponto Final e as condutas imputadas a Jacob Barata Filho seria a colaboração de Lélis Teixeira.”

Rememoro, a propósito, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que a colaboração premiada não tem o condão, isoladamente, de fixar competência. Sim, porque, como meio de obtenção de prova, os fatos relatados nestes acordos, quando não vinculados com o objeto do processo que deu origem ao negócio jurídico, devem receber o tratamento jurídico conferido ao encontro fortuito de provas, sob pena de violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/88).

Confira-se, a propósito, a ementa do julgamento na Questão de Ordem no Inquérito 4.130/PR, redator para acórdão Ministro Dias Toffoli, apreciada pelo Plenário do STF:

“Questão de ordem no inquérito. Processual Penal. Crimes relacionados ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Indícios de participação de Senadora da República em ilícito penal. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Desmembramento do feito em relação a investigados não detentores de prerrogativa de foro. Possibilidade. Inexistência de prejuízo para a causa. Precedentes. Prevenção de Ministro da Corte que supervisiona as investigações de crimes relacionados à Petrobras. Inexistência. Ausência de conexão entre os fatos reconhecida pela Presidência da Corte. Imbricação da matéria com o desmembramento do feito e seus consectários. Necessidade de seu exame para a determinação do juízo de primeiro grau competente para processar e julgar o feito desmembrado. Crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e corrupção passiva. *Colaboração premiada. Delação de crimes não conexos com a investigação primária. Equiparação ao encontro fortuito de prova. Aplicação das regras de determinação, de modificação e de concentração da competência. Inexistência de prevenção, pelas mesmas razões, tanto de Ministro da Corte quanto de juízo de origem. Crimes que, em sua maioria, se consumaram em São Paulo. Circunstância que justifica a sua atração para a Seção Judiciária daquele estado.* Ressalva quanto à posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa

quanto ao foro competente. Remessa do feito desmembrado à Seção Judiciária de São Paulo para livre distribuição, independentemente da publicação do acórdão. Intangibilidade dos atos praticados na origem, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente. Precedente.

[...]

3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência.

4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas inculadas (prerrogativa de foro).

5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

*6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*.*

[...]

8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência.

9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal.

10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, 'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o unum et idem iudex'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o simultaneus processus' (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14).

11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência).

12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada.

13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo).

14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência.

15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.

16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau.

[...]

20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro,

com a consequente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02).” (grifei)

Como se nota, a modificação da competência nas hipóteses legais deve limitar-se às restritas situações em que houver o concurso de agentes em crime específico, simultâneo ou recíproco, nos casos de crimes cometidos com a finalidade de ocultar infração anterior, quando houver um vínculo probatório indispensável, ou nas hipóteses de duas pessoas serem acusadas do mesmo crime, *ex vi* dos arts. 76 e 77 do CPP.

Assim, para existir conexão ou continência, seria necessário que houvesse uma conexão fática-objetiva entre os fatos imputados ao paciente no Inquérito Policial 5002807-35.2020.4.02.5101 e aqueles investigados nas ações em tramitação no Juízo da 7ª VF/RJ (na Operação Ponto Final).

Todavia, apesar de existir coincidência parcial de réus, o mosaico fático imputado ao paciente não aponta, de forma indene de dúvida, uma relação instrumental de continuidade entre as supostas condutas dos membros da organização criminoso - apuradas na denominada Operação Ponto Final - e os fatos atribuídos ao paciente no citado inquérito policial, que autorize a mitigação do princípio do juiz natural.

Registro, a propósito, que esta Segunda Turma deliberou sobre a temática semelhante por ocasião do julgamento do HC 181.978/RJ - Agr, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, conforme acórdão assim ementado:

“Agravos regimentais em *habeas corpus*. 2. Processual penal. 3. Competência e prisão preventiva. 4. Competência da primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Ausência de conexão com a Operação Ponto Final, em trâmite perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. O único vínculo fático-objetivo que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do agravado na delação de Lélis Teixeira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que a colaboração premiada não fixa competência (INQ 4.130, Rel. Min. Cármen Lúcia). Apesar de haver coincidência parcial de réus nessas ações penais, verifica-se que há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final. 5. Ilegalidade da prisão preventiva. No caso concreto, a prisão preventiva não está alicerçada em elementos concretos que justifiquem a necessidade

de segregação cautelar, tampouco há dados nos autos que indiquem a existência de periculosidade do agravado. Segregação cautelar fundamentada em suposições e ilações. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Mas não é só. Tal como o relator, verifico que, na colaboração que deu origem à deflagração do referido caderno investigatório, não foi atribuído ao paciente qualquer conduta ilícita que teria ofendido bens, serviços ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais, causa necessária à atração da competência da Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal. (e-doc. 12)

Diante desse cenário, tenho que a competência para o processamento do inquérito policial é da Justiça estadual do Rio de Janeiro, uma vez que, muito embora exista coincidência parcial de réus, depreende-se claramente a autonomia da linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos eventos descritos na Operação Ponto Final.

Isso posto, acompanho o voto do relator e o faço para conceder a ordem, a fim de declarar a incompetência do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro para processar e julgar o Inquérito 5002807- 35.2020.4.02.5101.

Determino a imediata remessa dos autos para a primeira instância da Justiça Estadual.

É como voto.

**07/12/2021
SEGUNDA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 200.541 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Jacob Barata Filho, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (RHC 137.996 AgRg, ministro Felix Fischer)

Busca-se, em síntese, determinar o envio dos autos do inquérito policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101, em trâmite no Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, à Justiça estadual e ao Ministério Público estadual.

Esse o contexto, passo ao voto.

Em resumo, no inquérito policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101 apura-se o suposto pagamento de propina por Jacob Barata Filho, empresário do ramo de transportes, e outros agentes integrantes da Federação das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro (Fetranspor) a diversos membros do Poder Legislativo do Município do Rio de Janeiro, em contrapartida a alegados favorecimentos a essas empresas em procedimentos administrativos e judiciais no Rio de Janeiro.

Referida investigação foi originada através da remessa dos termos de colaboração premiada (anexo 19) firmada por Lélis Marcos Teixeira nos autos da Pet 12.672.

No inquérito policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101, o ora paciente é investigado apenas por supostas práticas de corrupção no âmbito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro e de participação em organização criminosa, conforme a requisição de instauração do inquérito policial juntada aos autos:

Procedimento Investigatório Criminal nº 1.30.001.002111/2019-74 JFRJ
Autos nº 0003009-34.2019.4.02.5101 REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO
DE INQUÉRITO POLICIAL

Trata-se de PIC instaurado a partir da cisão dos anexos do acordo de colaboração premiada firmado por Lélis Marcos Teixeira junto à Vice Procuradoria Geral da República e homologado pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos da PET nº 12.672/DF.

O presente expediente trata especificamente do Anexo 19, que versa sobre a Câmara de Vereadores e a CPI do sistema de transportes da cidade do Rio de Janeiro.

Em apertada síntese, segundo o colaborador, diversos vereadores receberam uma espécie de mesada para a defesa dos interesses das

empresas de ônibus na Câmara Municipal, em regra para a não edição de leis que prejudicassem o setor.

Narra ainda que, além da caixinha mensal, houve pagamento de propina para alguns vereadores atuarem em favor das empresas de ônibus perante a CPI instalada em 2013 para a fiscalização da operação do sistema de transportes da cidade do Rio de Janeiro.

Da análise dos citados expedientes verifica-se, a princípio, indícios de existência dos crimes previstos nos artigos 317 e 333 do Código Penal.

Diante desse quadro, requirite-se à Polícia Federal, com fundamento no artigo 51, II, do Código de Processo Penal, a instauração de inquérito policial para realização das apurações pertinentes.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2019. (Com meus grifos)

Note-se que não há qualquer evidência ou descrição de que a alegada conduta do paciente teria causado prejuízo ao interesse da União ou, ainda, que essas supostas práticas criminosas tenham envolvido verbas de origem federal.

Ao contrário, a investigação criminal foi instaurada apenas para apurar a suposta prática dos crimes definidos nos arts. 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal, no âmbito do Poder Legislativo municipal, e do alegado envolvimento do paciente na organização criminosa investigada na Operação Ponto Final.

Também, na colaboração premiada firmada por Lélis Marcos Teixeira que deu origem ao inquérito policial em referência (evento 12), não há imputação ao paciente de qualquer conduta ilícita que teria ofendido bens, serviços ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais.

Assim, entendo que não restou evidenciado na investigação instaurada contra o paciente qualquer elemento apto a atrair a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal.

Ademais, cumpre ressaltar que a competência para processar e julgar as ações penais relativas à denominada Operação Lava Jato devem seguir as regras atinentes à (a) conexão instrutória (CPP, art. 76, III), relacionadas às várias ações penais que devam ser reunidas por um vínculo probatório; (b) conexão intersubjetiva (CPP, art. 76, I), em que diversos réus condenados em ações penais da espécie, estejam, da mesma forma, envolvidos em outras ações penais e, portanto, deveriam ser reunidos no interesse da instrução processual perante o Juízo, prevento, que tem mais conhecimento e proximidade com as provas até então colhidas; e (c) conexão objetiva (CPP, art. 76, II), quando o crime de um tem se concretizado mediante crimes anteriores, cometidos com o propósito de assegurar o fechamento do último elo da cadeia criminosa.

Pois bem. As instâncias ordinárias entenderam que a competência para o presente feito (inquérito policial n. 5002807-35.2020.4.02.5101) é da Justiça Federal em razão da sua conexão com as ações penais originadas da Operação Ponto Final, em trâmite no Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Entretanto, impressionam-me os argumentos da defesa no sentido da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito. Eis, no ponto:

Desse modo, a simples leitura da Portaria de instauração do Inquérito Policial permite compreender que inexistente envolvimento de verbas federais, interesse da União Federal, crimes federais, ou quaisquer outros elementos que atraíam a competência da Justiça Federal para acompanhamento do inquérito, tampouco atribuição do Ministério Público Federal do Rio de Janeiro para investigar os supostos crimes apontados no anexo 19 da colaboração premiada do sr. Lélis Teixeira.

Não obstante a ausência absoluta de competência do Ministério Público Federal e qualquer justificativa jurídica que atrelasse os fatos aqui investigados com outros investigados nas operações Calicute e Ponto Final, o objeto da investigação do PIC 90/2019 foi convertido no inquérito policial n. 5002807- 35.2020.4.02.5101, em trâmite perante a Polícia Federal e a 7ª Vara Federal Criminal/RJ, que passou então a comandar a investigação sobre o anexo n. 19 da colaboração premiada do Sr. Lélis Teixeira que não trata de qualquer desdobramento da Operação Ponto Final ou Calicute.

Ademais, ao analisar os autos, o eminente Relator concluiu que os fatos imputados ao paciente no inquérito policial n. 5002807- 35.2020.4.02.5101 divergem daqueles descritos na Operação Ponto Final e que não existe vínculo entre eles, tratando-se, portanto, de acervos fáticos autônomos, não se vislumbrando a presença de elementos seguros que justifique a conexão.

Também, observo que não restou efetivamente demonstrado nos autos que as supostas práticas pelo paciente de corrupção e de organização criminosa estão vinculadas a verbas de natureza federal ou, ainda, que os fatos narrados no inquérito ofendem os interesses da Administração Pública federal.

Outro ponto a ser destacado é que a suposta conexão entre a conduta do paciente investigada no inquérito policial em comento e a Operação Ponto Final originou-se de colaboração premiada firmada por Lélis Marcos Teixeira.

Por isso mesmo, assevera o Relator que o único ponto a ligar o paciente aos fatos objeto da Operação Ponto Final seria a colaboração premiada firmada por Lélis Marcos Teixeira (anexo 19).

Em casos fronteirços (Rcl 36.542, ministro Gilmar Mendes, por exemplo), tenho pontuado que a jurisprudência desta Corte preza pelo respeito à garantia do juiz natural e, principalmente, reafirma o fato de que a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência (Inq 4.130 QO, ministro Dias Toffoli).

Tais circunstâncias, segundo penso, afastam a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito criminal em referência.

Em face do exposto, acompanho o eminente Relator para conceder a ordem de *habeas corpus* e reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito criminal, determinando a remessa dos autos para a primeira instância da Justiça Estadual.

É como voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 200.541

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): JACOB BARATA FILHO

IMPTE.(S): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA (13121/DF, 156804/SP) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, julgou prejudicada a medida liminar e concedeu a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o paciente pelos fatos narrados no Inquérito Policial n. 500280735.2020.4.02.5101. Prossequindo, determinou a imediata remessa dos autos para a primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro bem como para o Ministério Público Estadual, tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Falou, pelo paciente, a Dra. Daniela Rodrigues Teixeira. Presidência do Ministro Nunes Marques. 2ª Turma, 7.12.2021.

Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima.

Hannah Gevartosky

Secretária

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S): OS MESMOS

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 6.901/2014 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 37, IX, DA CRFB/88. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTIGO 77, XI, DA CONSTITUIÇÃO FLUMINENSE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA JÁ RECONHECIDA. TEMA 612. REQUISITOS DE TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE. PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO EXEMPLIFICATIVA E GENÉRICA DE HIPÓTESES QUE ENSEJAM A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA LOCAL.

1. *“Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação*

seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração" (RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, Tema 612 da Repercussão Geral, Tribunal Pleno, DJe de 31/10/2014).

2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou a inconstitucionalidade das alíneas "b", "c", "d", "e", "f" e "h" do inciso VIII do § 1º do artigo 2º da Lei impugnada, mercê de se tratar de serviços ordinários e permanentes do Estado, o que inviabiliza a contratação temporária, em consonância com os parâmetros fixados por esta Corte (artigo 37, IX, da CRFB/88).

3. Ao representar previsão genérica e exemplificativa, exsurge inconstitucional a expressão "*especialmente*" do inciso VIII do § 1º do artigo 2º do ato normativo questionado, por ofensa ao artigo 37, IX, da CRFB/88 (reproduzido no artigo 77, XI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), que exige que as hipóteses excepcionais, temporárias e específicas de contratação temporária sejam previstas em lei.

4. Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ) *PROVIDO*. Recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) *DESPROVIDOS*.

ACÓRDÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 14 a 24/4/2023, por maioria, *deu provimento* ao recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, § 1º, inciso VIII, *in fine*, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88, e *negou provimento* aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que além de dar provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público, também dava parcial provimento aos recursos do Estado e da Assembleia Legislativa.

Brasília, 25 de abril de 2023.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

03/10/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECD.(A/S): OS MESMOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recursos extraordinários, manejados (i) pela *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (ALERJ); (ii) pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* (MP/RJ); e (iii) pelo *Estado do Rio de Janeiro e seu Procurador-Geral do Estado*, todos com arrimo na alínea “a” do permissivo constitucional, em face do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), que, no julgamento de Representação de Inconstitucionalidade estadual, emitiu decisão assim ementada, *in verbis*:

“Representação de inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivos da Lei Estadual nº 6.901/2014, que trata da contratação de pessoal por prazo determinado. Alegada ofensa ao artigo 77, II e XI da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Parte da norma impugnada que emprega fórmulas genéricas e inespecíficas, sem descrever situações concretas passíveis de excepcionar a regra constitucional de ingresso no serviço público por concurso. Incisos IV e V, do § 1º, do artigo 2º que consideram possível a contratação temporária “em decorrência de afastamento ou licença de servidores ocupantes de cargos permanentes” e quando ocorrer “número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais”. A insuficiência de pessoal é corriqueira e previsível, cabendo ao administrador planejar-se para ampliar o efetivo de servidores permanentes, por intermédio de concurso público (artigos 37, II, da Constituição Federal e 77, II, da Carta Estadual). As atividades de “realização de campanhas de saúde pública”; “defesa do meio ambiente”; “auxiliares no sistema

penitenciário”; “assistência à infância e adolescência”; e “tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho” (artigo 2º, §1º, VIII, alíneas “b” a “f”, “h” e “i”) dizem respeito a serviços ordinários e permanentes do estado, o que inviabiliza a contratação temporária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. As hipóteses de “defesa agropecuária e ambiental, para atendimento de situações de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana” e de “temporadas artísticas de música ou dança” (artigo 2º, §1º, VIII, alíneas “a” e “g”) são compatíveis com o texto constitucional, pois traduzem situações de interesse público tipicamente transitórias. Procedência parcial do pedido, com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Artigo 108, § 2º do Regimento Interno).”

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público/RJ foram rejeitados (Vol. 8, fls. 1-4).

Nas razões de seu apelo extremo, a *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (ALERJ) alega violação ao artigo 37, II e IX, da CRFB/88, sob o argumento de que a norma parcialmente declarada inconstitucional seria, em verdade, totalmente compatível com a Carta Magna. Em sentido convergente, a recorrente sustenta que a expressão “*ou que não justifique a criação ou provimento de cargos*” está em harmonia com o texto constitucional na medida em que, com base nesse, seria possível contratar servidores temporários, em situações excepcionais. Ademais, o Poder Legislativo fluminense acredita que as expressões “*de emergência*” e “*e realização de campanhas de saúde pública*” são igualmente legítimas, baseando-se, também, na tese de que tais casos estariam abarcados pelas referidas hipóteses excepcionais e que não se amoldariam a quaisquer dos serviços permanentes e ordinariamente prestados pelo Estado. Nesse sentido, requer o provimento do recurso para reduzir o alcance da declaração de inconstitucionalidade promovida pelo acórdão de origem, suscitando a constitucionalidade dos incisos IV e V do §1º do artigo 2º e as alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, e “g” do inciso VIII do mesmo artigo da Lei Estadual 6.901/2014.

Em sentido semelhante, em suas razões, o *Estado do Rio de Janeiro* argumenta que subsiste violação aos artigos 5º, LIV, e 37, *caput* e incisos II e IX, da CRFB/88, para defender a constitucionalidade da lei declarada parcialmente inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/RJ, carreando fundamentação no sentido de que a decisão impugnada teria se afastado do entendimento deste Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, o Estado fluminense aduz que a expressão declarada inconstitucional pelo Tribunal local “*que não justifique a criação ou provimento de cargos*”, prevista na parte final do artigo 2º, *caput*, reflete a moldura genérica e abstrata, que ampara a indicação do caso concreto, quando da edição de um decreto específico. Sustenta que a indeterminabilidade inerente aos conceitos jurídicos impede descrição exaustiva de todas as situações passíveis de contratação por tempo determinado, dada a própria excepcionalidade que enseja esse tipo de contratação. Ao final,

requer, subsidiariamente, a modulação dos efeitos da decisão, para conferir efeitos prospectivos ao acórdão pelo prazo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado da decisão, *“de sorte a se evitar um indesejável vácuo normativo até que seja editada uma nova lei estadual para a disciplina da matéria”*.

O recorrente alega que a expressão *“e de emergência”*, prevista na parte final do inciso I do Parágrafo 1º do artigo 2º, não reflete situação de disciplina genérica. Ao revés, para o Estado do Rio de Janeiro, a expressão poderia ser definida como uma *“situação anormal”* cuja excepcionalidade estaria adstrita aos rumos trazidos pelo interesse público. Na sequência, sustenta que a expressão *“e realização de campanhas de saúde pública”* (parte final do inciso II do parágrafo 1º do artigo 2º) estaria de acordo com o entendimento desta Corte na medida em que esse admitiria a contratação temporária, mesmo nas atividades de caráter permanente. Em relação à hipótese de contratação temporária nos casos de *“grandes eventos”*, o recorrente alega que a expressão em foco possui densidade normativa suficiente para delimitar o alcance da norma.

O ente estatal defende que a hipótese do inciso V do parágrafo 1º do artigo 2º, declarada inconstitucional pelo Tribunal local, enquadra-se perfeitamente no permissivo constitucional. Assim, também pugna pelo provimento de seu recurso, para que se afirme a constitucionalidade das alíneas *“b”*, *“c”*, *“d”*, *“e”*, *“f”*, *“h”* e *“i”* do inciso VIII do parágrafo 1º do artigo 2º, declaradas inconstitucionais pelo Tribunal *a quo*. Por fim, requer a reforma da decisão impugnada no ponto em que se declarou a inconstitucionalidade por arrastamento de dispositivos da lei 6.901/2014.

De modo diverso, o *Parquet estadual (MP/RJ)*, em suas razões recursais, preliminarmente traz à tona argumento relativo à existência de repercussão geral sobre o presente caso. Já no mérito, aponta violação ao artigo 37, *caput* e incisos II e IX, da Constituição Federal (Vol. 11). Defende a ampliação do alcance da declaração de inconstitucionalidade promovida pelo acórdão de origem, argumentando que a expressão *“especialmente”*, contida no artigo 2º, § 1º, VIII da Lei Estadual 6.901/2014, também deve ser declarada inconstitucional. Isso porque a mencionada expressão denota um caráter exemplificativo em situação que, em verdade, é taxativa. Assim, a manutenção de sua validade poderia permitir a perigosa inclusão de outras situações indefinidas, além das especificadas em lei, de modo que a utilização do referido termo teria o condão de permitir a contratação temporária de servidores, sem a observância de concurso público, sempre que presentes tais situações de *“sazonalidade”* ou de *“emergência”*, o que poderia comprometer a criação de cargos de provimento efetivo. Em suma, para o MP/RJ, a expressão constante da norma não atenderia ao pressuposto da *“excepcionalidade do interesse público”*, exigido pela Constituição para a contratação de servidores em caráter temporário, pelo que se afastaria ilegitimamente das exigências constitucionalmente estabelecidas.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Vol. 18), bem como pelo Estado do Rio de Janeiro e seu Procurador-Geral do Estado (Vol. 17).

O Tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade a todos os recursos.

Iniciado o julgamento virtual, os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, pediu destaque o Min. Roberto Barroso.

É o relatório.

03/10/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate cinge-se ao exame de conformidade entre: *de um lado, (a) o acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/RJ, que, em sede de Representação de Inconstitucionalidade, declarou inconstitucionais dispositivos da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, que “dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”; e de outro, (b) a jurisprudência consolidada por este Pretório Excelso e os mandamentos constitucionais acerca da contratação por tempo determinado de servidores públicos, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, consolidados no inciso IX do artigo 37 da CRFB/88.*

Ab initio, cumpre ressaltar que o artigo 125, § 2º, da Carta Magna autoriza os Estados a instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos locais em face da Constituição estadual. Tal fato, conforme leciona o min. Gilmar Mendes em sede doutrinária, não deve “*levar à ideia de que o controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual não se mostra apto a suscitar questão federal que deva, eventualmente, ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal*” (*Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1433).

Nesse diapasão, ponto nodal do exame de admissibilidade do presente recurso diz respeito à identificação das normas questionadas face ao paradigma de controle. Isto é, a natureza das normas analisadas face à Constituição Estadual em relação à Constituição Federal: se (i) de *reprodução obrigatória* ou se (ii) de *reprodução facultativa*, por parte da Constituição do Estado-membro. Enquadrando-se o presente caso na primeira hipótese, cabe recurso extraordinário (102, III, *a* ou *c*, CRFB/88). Caso contrário, em se tratando da segunda hipótese, o acórdão da Representação de Inconstitucionalidade apresenta-se, em regra, como decisão de natureza não recorrível ao Supremo Tribunal Federal (v.g. RE 592.612 AgR/SP, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 25/6/2013).

À guisa de exemplo, cito os seguintes julgados, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO POR
INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.
GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. LEGITIMIDADE RECURSAL.
DESCABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. CONSEQUENTE
INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA

PROCESSUAL AUTÔNOMA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As premissas do julgado foram fixadas com fundamento na Lei Orgânica distrital e na Constituição Federal, para concluir pelo vício invencível que acompanha o recurso extraordinário, porquanto interposto de recurso sem previsão legal. 2. Deveras, a tese sustentada pelo relator, quanto ao § 2º do art. 125 da Constituição Federal, encontra apoio na jurisprudência desta Corte. Manifestação acerca da previsão de competência dos Tribunais de Justiça, inclusive do Distrito Federal, para exercer controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo local em face da Constituição estadual, [*in casu*, Lei Orgânica distrital] e limite de atuação do Ente federado. Precedentes. 3. No que diz respeito ao fundamento de ausência de amparo legal para recurso especial em representação por inconstitucionalidade, este Tribunal já firmou a natureza objetiva das ações do controle concentrado com regramento processual próprio e autônomo. Precedentes. 4. *No que guarda pertinência com a possibilidade de recurso extraordinário em sede de ADI estadual, esta Corte tem precedentes que admitem a interposição, mas apenas nas hipóteses de decisões dos Tribunais locais em que há alegação de ofensa, pela legislação ou ato normativo estadual ou municipal, a preceito da Constituição estadual que reproduza norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Precedentes.* 5. *Com base nas regras de interpretação sistemática e teleológica é intuitivo e razoável concluir-se pelo não cabimento de recurso especial na hipótese de ADI estadual por incompatibilidade de conformação entre o sistema recursal previsto no ordenamento jurídico para processos de natureza subjetiva com o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das normas adotado pela Constituição da República. Na linha desse raciocínio e, por decorrência lógica, compatível se mostra a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão em representação por inconstitucionalidade estadual, mas somente na hipótese de ofensa a norma constitucional federal de reprodução obrigatória pelos Estados, e com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF. É que, como compete ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido normativo das regras constitucionais, não poderia haver submissão deste Tribunal ao pronunciamento de Tribunal hierarquicamente inferior, deixando, pois, de exercer a missão precípua de Guardião da Constituição.* 6. Se não bastassem esses fundamentos, o Ministro Eros Grau deduz das normas atinentes à matéria em discussão, um silogismo demonstrativo para concluir pela manifesta inadmissibilidade do

recurso extraordinário. Em outras palavras, o controle abstrato de constitucionalidade possui regras processuais próprias. Daí porque, esta Corte, em julgados relacionados ao tema, afasta a incidência de legislação que, no cotejo de aparente conflito normativo, evidencia seu caráter geral. Precedentes. 7. *In casu*, a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal de Justiça do DF, teve pedido de liminar deferido para suspender a eficácia da Lei distrital nº 2.872/2002, cuja validade formal e material fora contestada em face da Lei Orgânica. Contra este acórdão, foi interposto recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça, acolhendo questão preliminar, negou-lhe conhecimento sob o fundamento, em síntese, de que o Governador do Distrito Federal não é parte legítima *para, pessoalmente, interpor recurso nas* representações por inconstitucionalidade, pois a legitimidade recursal, nesses casos, seria do ente federado, dada a natureza objetiva do processo. No recurso extraordinário, os ora agravantes alegam que a decisão do STJ, ao reconhecer a ilegitimidade recursal do Governador do Distrito Federal, teria ofendido o art. 103, V, da Constituição Federal. Inicialmente, o então relator, Min. Eros Grau, havia negado seguimento à impugnação, aplicando a Súmula 735 desta Corte, que dispõe não caber recurso de provimento liminar concedido ou indeferido. Reconsiderada a decisão pela propositura do primeiro agravo regimental, deu-se nova negativa de seguimento e, em face do segundo recurso, vieram-me conclusos os autos. 8. Agravo regimental desprovido.” (RE 599633 AgR-AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 25/4/2013, grifei)

No mesmo sentido, colaciono outros precedentes: RE 161.390, relator min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/5/1994, DJ de 27.10.1994; Rcl 596-AgR, relator min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 30/5/1996, DJ de 14/11/1996; Rcl 10.500-AgR, relator min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/6/2011, DJe de 28/9/2011; RE 638.729-AgR, relator min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/4/2012, DJe de 22/5/2012; RE 246.903-AgR, relator min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe de 19/12/2013.

In casu, a norma inculpada no artigo 77, inciso XI, da Constituição fluminense referente à contratação temporária reproduz estritamente os comandos previstos no artigo 37, inciso IX, da CRFB/88. Em suma, trata-se de norma de reprodução obrigatória, vez que se trata de disposição normativa delimitada nacionalmente pelo constituinte originário, sobre a qual não se reserva ao constituinte derivado decorrente a faculdade de observá-lo, ou não, no âmbito estadual. Dessarte, o recurso é cognoscível também por essa ótica.

Demais disso, o requisito da repercussão geral encontra-se atendido, vez que a verificação do atendimento das exigências constitucionais relativas à configuração das situações excepcionais e temporárias que ensejam a contratação temporária está diretamente ligada aos comandos constitucionais do artigo 37, inciso IX, da CRFB/88. Por oportuno, convém destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência da relevância jurídica e social do tema, atestando a existência de repercussão geral da matéria, quando da análise do Recurso Extraordinário 658.026/MG (tema 612 da Repercussão Geral).

A bem da verdade, a própria análise realizada pela Corte Estadual acerca da constitucionalidade de cada um dos dispositivos impugnados pelo Ministério Público/RJ, no bojo da Representação de Inconstitucionalidade, procurou utilizar expressamente os parâmetros estipulados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 658.026, de relatoria do min. Dias Toffoli. Por essa razão, dispensa-se o prévio reconhecimento de repercussão geral da questão por manifestação dos Ministros desta Corte no âmbito do Plenário Virtual, eis que essa fase já foi cumprida em relação ao presente tema no âmbito do RE 658.026 (Tema 612). Portanto, reputam-se preenchidos os pressupostos de admissibilidade do apelo extremo, razão pela qual se passa desde já ao julgamento de mérito.

Para melhor delinear as premissas aptas a nortear o presente debate, cumpre ressaltar que na análise do tema 612 de Repercussão Geral, esta Corte fixou a seguinte tese: *“Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração”* (grifei). Com efeito, o julgamento representou reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal, reproduzindo posicionamento jurisprudencial já anteriormente sedimentado, na linha do que exemplifica a ementa do acórdão proferido no julgamento da ADI 3.662, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. 2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso valeu-se de termos vagos e

indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse público sobre virtualmente qualquer atividade, admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF. 3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos ex nunc, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento.”

(ADI 3662/MT, rel. min. Marco Aurélio. Plenário, DJe de 24/5/2018)

À luz dessas premissas, destaca-se que no caso concreto, o acórdão recorrido examinou a constitucionalidade da Lei Estadual 6.901/2014, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, em face do artigo 77, *caput*, incisos I e XI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ao analisar o mencionado diploma normativo estadual, o Tribunal local assentou a inconstitucionalidade de determinados dispositivos da Lei Estadual 6.901/2014, considerando incompatíveis com a Constituição local – e, paralelamente, com a Constituição da República – as alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “h” do inciso VIII do §1º do artigo 2º da mencionada Lei, sob o fundamento de que dizem “*respeito a serviços ordinários e permanentes do estado, o que inviabiliza a contratação temporária*” (excerto da ementa do acórdão recorrido). Por outro lado, julgou compatível com o texto constitucional as hipóteses de dispensa de concurso público contidas nas alíneas “a”, “g” e “i”, do artigo 2º, § 1º, VIII, “*pois traduzem situações de interesse público tipicamente transitórias*”, que dispõem respectivamente, *in verbis*:

Art. 2º – Para os efeitos desta Lei, considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público aquela que, tendo duração determinada ou previsível, não possa ser satisfeita pela Administração Pública com os recursos de pessoal disponíveis no momento de sua ocorrência

§1º Caracterizam-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as seguintes hipóteses:

(...)

VIII - carência de pessoal para o desempenho de atividades sazonais ou emergenciais que não justifiquem a criação ou o provimento de cargos, especialmente:

a) as relacionadas à defesa agropecuária e ambiental, para atendimento de situações de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;

(...)

g) as que tenham por objeto a realização de temporadas artísticas de música ou dança;

i) as relacionadas às demandas de formação profissional específica, decorrentes de necessidades regionais do Estado, por meio das instituições estaduais de educação profissional e tecnológica, respeitados os limites e as condições fixadas por Decreto do Executivo. (grifei)

Ao contrário do que se pretende sustentar nos recursos manejados pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e do Estado do Rio de Janeiro, o acórdão ora impugnado, ao rechaçar interpretações abertas e indefinidas acerca das hipóteses de contratação temporária sem concurso público, firmou entendimento em sentido consonante aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito à tese fixada no julgamento do RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, sob o tema 612 da Repercussão Geral. Por essa razão, a pretensão desses recorrentes não merece provimento, eis que, quanto ao ponto, o acórdão recorrido coloca-se consonante com a interpretação conferida por esta Corte ao inciso IX do artigo 37 da CRFB/88, que é reproduzido, de forma obrigatória, pelo inciso XI do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Sobre o ponto, por terem validade nacional e vincularem os Poderes Públicos locais, as normas constitucionais de reprodução obrigatória pelos Estados-membros podem ser utilizadas como parâmetro pelas Cortes estaduais no controle concentrado de constitucionalidade independentemente de terem sido reproduzidas, de forma expressa, nas Constituições estaduais, visto que aquelas normas de reprodução integram também o ordenamento constitucional local, ainda que não expressamente previstas. Nesse mesmo sentido, assim se manifestou o ministro Roberto Barroso (Rcl 6.344-ED, Primeira Turma, *DJe* de 7/8/2017, sem grifos no original), em voto de cujo teor se extrai o seguinte excerto:

“[...] o Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CF/88, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE

421.256/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches.

Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça baseie suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. Confirmam-se, nesse sentido: RE 598.016 AgR/MA, Rel. Min. Eros Grau; SL 10 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; Pet 2.788 AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso)."

Também a Segunda Turma desta Corte já se pronunciou em sentido semelhante, ao afirmar, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no âmbito estadual contra lei municipal, que a omissão da Constituição estadual não impede o julgamento do ato normativo impugnado em confronto com dispositivo da Constituição da República que constitua norma de reprodução obrigatória. Nesse sentido, destaca-se a ementa do acórdão, *in litteris*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido." (RE 598.016-AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 13/11/2009)

Deveras, se de um lado o princípio federativo assegura a atribuição constitucional de plexos de autonomia aos entes federativos, de modo a que cada um exerça suas respectivas capacidades de auto-organização, autogoverno e autoadministração (cf. ARABI, Abhner Youssif Mota. *Distorções federalistas na matriz tributária brasileira*. In: Migalhas. 12 maio 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/MatrizTributaria/112,MI258672,101048-Distorcoes+federalistas+na+matriz+tributaria+brasileira>>; de outro, exige-se que determinadas matérias recebam tratamento uniforme por

todos os entes federativos, de maneira a que sejam disciplinadas nas Constituições estaduais de forma simétrica ao que disposto na Constituição da República.

Aqui exsurge a controvertida questão do multicitado *princípio da simetria*. Trata-se de uma limitação à capacidade de auto-organização dos Estados-membros em nome de uma unidade constitucional mínima da República, vinculando o tratamento de algumas temáticas ao que previsto na CRFB/1988, em busca do próprio equilíbrio federativo e da harmonia entre os entes. Sobre o tema, assim dispõe Raul Machado Horta:

“A precedência da Constituição Federal sobre a do Estado Membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que confere validade ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um segmento derivado daquele.

A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação torna a Constituição Federal a sede de normas centrais que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais, seja na área subordinada da legislação ordinária.”

(HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 69)

A conclusão é também ratificada pela doutrina especializada no tema, ao afirmar que:

“[a]s principais questões relacionadas ao parâmetro de constitucionalidade estadual decorrem da posição hierárquico-normativa deste no sistema de fontes do Estado federal brasileiro”, no qual “a Constituição Estadual está acima das leis e atos normativos estaduais e municipais aos quais serve de parâmetro, mas, assim como estes, encontra-se abaixo da Constituição Federal, o que, tanto como ocorre com estas leis e atos, mantém-na, pelo menos em tese, em permanente situação de sujeição.” (LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado- membro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81)

Sob esses mesmos fundamentos – a incompatibilidade de previsões abertas, genéricas e indefinidas para a contratação temporária de servidores –, exsurge inconstitucional a expressão “*especialmente*” (supradestacada), constante do

inciso VIII do § 1º do artigo 2º do ato normativo questionado, como bem aponta o Ministério Público do Rio de Janeiro em seu recurso. Com efeito, ao reconhecer a constitucionalidade de determinadas alíneas previstas no artigo 2º, § 1º, VIII, da referida lei, a Corte local reputou constitucional, consecutivamente, a integralidade dos dispositivos do próprio inciso VIII.

Nesse ponto, constata-se que a decisão impugnada, ao permitir a utilização do termo “*especialmente*” no inciso VIII, *in fine*, permite interpretações indefinidas acerca da contratação temporária sem concurso público, em sentido diametralmente oposto aos preceitos constitucionais sobre a matéria. É que tal expressão denota um rol exemplificativo e essa ausência de hipóteses cerradas não se coaduna com o caráter de excepcionalidade de atendimento do interesse público, como previsto no artigo 37, inciso IX, da CRFB/88, bem como como a necessidade de que essas hipóteses – excepcionais, temporárias e específicas – sejam previstas *em lei*.

Destarte, resta evidente que (i) ao permitir interpretações abertas e indefinidas acerca das hipóteses de contratação temporária sem concurso público; e (ii) ao deixar de elencar, de forma precisa, os casos excepcionais que autorizam tal contratação; a utilização do termo *especialmente* no inciso VIII, *in fine*, contraria o artigo 37, IX, da CRFB/88, bem como os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, tema 612 da Repercussão Geral. Assim, o verbete ressoa inconstitucional, ensejando o provimento do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, o pedido de modulação deduzido pelo Estado do Rio de Janeiro não merece acolhimento. Destaque-se que o acórdão recorrido já empreendeu a modulação ao conferir efeitos *ex nunc* à decisão, a contar de seu trânsito em julgado. Deveras, o argumento formulado no sentido de que a não ampliação da modulação pelo prazo de 12 (doze) meses geraria “*um indesejável vácuo normativo*” não leva à conclusão que o Estado deseja, eis que a lei impugnada não foi declarada inconstitucional em sua inteireza, mas apenas seus excertos que contrariavam o texto constitucional. Dessa forma, não há que se falar em vácuo normativo, eis que a norma estadual persiste válida na parte não declarada inconstitucional, pelo que inexistem razões suficientes de segurança jurídica ou de interesse social que justifiquem a requerida ampliação da modulação.

Expositis, PROVEJO o recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para *declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, §1º, inciso VIII, in fine, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88*. Ademais, *DESPROVEJO* os recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF.

É como voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.186.735

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S): OS MESMOS

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e negava provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.10.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, participando de compromisso na Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, em Fortaleza, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

25/04/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE ESPECIAL INTERESSE PÚBLICO.

1. Recurso extraordinário contra acórdão no qual foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender à necessidade temporária de especial interesse público.

2. *Inconstitucionalidade do art. 2º, caput, parte final, e seu § 1º, incisos I, parte final, III, IV e VIII, parte final e alínea e.* Os dispositivos que, ao estabelecerem as hipóteses de contratação de pessoal por prazo determinado, se valem de expressões com alta dose de abstração, inviabilizam a identificação da existência de interesse público excepcional apto a justificar a medida. Assim, violam o art. 37, II e IX, da CRFB e destoam da tese fixada por esta Corte para o Tema nº 612 da repercussão geral (RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.04.2014).

3. Por outro lado, esta Corte já reconheceu que “[a] natureza permanente de algumas atividades públicas – como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira” (ADI 3.247, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 26.03.2014).

4. *Interpretação conforme do art. 2º, § 1º, incisos II, parte final, V e VIII, alíneas b, c, d, f, e h.* Em atenção aos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, não se deve invalidar os dispositivos que autorizam a contratação temporária para funções de natureza permanente, mas sim atribuir-lhes interpretação conforme a Constituição, a fim de explicitar que a medida será válida quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do Tema nº 612 de repercussão geral.

5. Recurso extraordinário do Ministério Público provido e recursos extraordinários do Estado e da Assembleia Legislativa parcialmente providos, a fim de reformar parcialmente o acórdão para dar interpretação conforme ao art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *b, c, d, f, e h*, da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, e, consequentemente, declarar a constitucionalidade do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; art. 3º, § 3º; e art. 5º, § 3º, do mesmo diploma legal. Tese: *“É constitucional a contratação de pessoal por prazo determinado para atividades permanentes do Estado, contanto que sua realização seja indispensável para suprir necessidade temporária e interesse público excepcional”*.

1. Trata-se de recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão prolatado em sede de representação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça. Em tal decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei estadual nº 6.901/2014, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender à necessidade temporária de especial interesse público, mais especificamente: (i) da expressão “ou que não justifique a criação ou provimento de cargos”, constante da parte final do art. 2º, *caput*; (ii) da expressão “e de emergência”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, I; (iii) da expressão “e realização de campanhas de saúde pública”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, II; (iv) do art. 2º, § 1º, III, IV e V; (v) do art. 2º, § 1º, VIII, *b, c, d, e, f e h*; e, por arrastamento, (vi) do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; (vii) do art. 3º, § 3º e (viii) do art. 5º, § 3º.

2. O Ministério Público requer (i) a reforma parcial do acórdão, para que se declare a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante do art. 2º, § 1º, VIII, parte final, da Lei Estadual nº 6.901/2014; e, subsidiariamente, (ii) a anulação do acórdão, por vício de fundamentação na apreciação de embargos de declaração. O Estado e a Assembleia Legislativa requerem a reforma do acórdão para declarar a constitucionalidade integral da Lei Estadual nº 6.901/2014. Subsidiariamente, o Estado também requer que a declaração de inconstitucionalidade só produza efeitos 12 (doze) meses após o trânsito em julgado; ou, de forma eventual, que sejam preservados os efeitos dos contratos temporários firmados.

3. Na sessão realizada em 03.10.2019, o Min. Luiz Fux, relator, apresentou voto em que negou provimento aos recursos do Estado e Assembleia Legislativa e deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

4. Coloco-me de acordo com o relator quanto à manutenção da declaração de inconstitucionalidade, feita pelo tribunal recorrido, da expressão “ou que não justifique a criação ou provimento de cargos”, constante da parte final do art. 2º, *caput*; da expressão “e de emergência”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, I; e

do art. 2º, § 1º, III, IV e VIII, e, da Lei estadual nº 6.901/2014. Também o acompanhamento no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, VIII, do mesmo diploma legal. De fato, ao estabelecerem as hipóteses de contratação de pessoal por prazo determinado, esses dispositivos se valem de expressões com alta dose de abstração, que inviabilizam a identificação da existência de interesse público excepcional apto a justificar a medida. Consequentemente, violam o art. 37, II e IX, da CRFB e destoam de tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, a seguir transcrita:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

(RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.04.2014, paradigma do Tema nº 612).

5. Peço vênia a S. Exa., contudo, para divergir parcialmente, de modo a afastar a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e realização de campanhas de saúde pública”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, II, bem como do art. 2º, §1º, V e VIII, *b, c, d, f, e h*, da Lei estadual nº 6.901/2014 e, ao mesmo tempo, atribuir a esses dispositivos interpretação conforme a Constituição. Confirmam-se o texto dessas normas, com destaque para as partes impugnadas na representação:

Art. 2º (...)

§ 1º Caracterizam-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as seguintes hipóteses: (...)

II - combate a surtos endêmicos *e realização de campanhas de saúde pública*; (...)

V - *número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais, desde que não haja candidatos aprovados em concurso público aptos à nomeação, ficando a duração dos contratos limitada ao provimento dos cargos mediante concurso público*; (...)

VIII - carência de pessoal para o desempenho de atividades sazonais ou emergenciais que não justifiquem a criação ou o provimento de cargos, especialmente: (...)

b) as desenvolvidas no âmbito dos projetos específicos de defesa do meio ambiente;

c) as decorrentes de aumento desproporcional da demanda por serviços auxiliares no sistema penitenciário;

d) as decorrentes de aumento desproporcional dos serviços de assistência à infância e adolescência e atendimento socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei; (...)

f) as que tenham por objeto serviços especializados de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, que se caracterizem como projetos específicos criados por prazo determinado; e (...)

h) as relacionadas às demandas decorrentes da expansão das instituições estaduais de educação profissional e tecnológica, respeitados os limites e as condições fixadas por Decreto do Executivo; (...)

§ 3º Para os fins do inciso V do § 1º deste artigo, consideram-se serviços públicos essenciais aqueles que, assim declarados por Decreto do Executivo, sejam desenvolvidos nas áreas de saúde, defesa civil, educação, segurança pública, sistema penitenciário, assistência à infância e à adolescência, atendimento socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei, assistência social e direitos humanos e meio ambiente.

§4º É vedada a contratação temporária prevista no inciso V do §1º deste artigo para os casos de afastamento voluntário incentivado.

§5º No caso do inciso V do § 1º deste artigo, serão adotadas, após a contratação, as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos, ressalvada a hipótese em que a contratação se der para suprir carência decorrente de pendência de processo admissional. (...)

§10 As contratações a que se referem as alíneas “e” e “f” do inciso VIII do §1º deste artigo serão vinculadas exclusivamente a projeto determinado, vedado o aproveitamento dos contratados para qualquer outro fim. (grifo acrescentado)

Art. 3º. (...)

§3º Para as situações de urgência, perigo público iminente e nas hipóteses dos incisos IV e V do §1º do artigo 2º, assim reconhecidas por Decreto do Executivo, poderá ser autorizada a realização de processo seletivo simplificado com base em simples análise curricular. (grifo acrescentado)

Art. 5º. (...)

§3º Excetuam-se do prazo previsto no caput as contratações referidas nas alíneas “e” e “f” do inciso VIII do

§1º do artigo 2º, que poderão vigorar pelo prazo de duração dos respectivos projetos e serviços.

6. Nesse ponto, a reforma do acórdão se faz necessária por três razões.

7. *Em primeiro lugar*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao afastar peremptoriamente a contratação por prazo determinado em caso de “serviços ordinários e permanentes do Estado”, destoou da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Em verdade, a contratação de pessoal temporária pode ser realizada para atender a atividades permanentes do Estado, desde que a *necessidade* seja temporária e excepcional. É que a “natureza permanente de algumas atividades públicas – como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira” (ADI 3247, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. em 26.03.2014).

8. *Em segundo lugar*, tais normas, diferentemente das outras disposições invalidadas da Lei Estadual nº 6.901/2014, elencam situações fáticas específicas em que se autoriza a contratação de pessoal por tempo determinado. Especificamente quanto ao inciso V do art. 2º, que autoriza a contratação temporária quando o “número de servidores efetivos [for] insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais”, veja-se que seu conteúdo é densificado pelo § 3º desse mesmo dispositivo, que indica de forma expressa e taxativa os serviços públicos considerados essenciais. Vê-se, portanto, que tais dispositivos possuem concretude suficiente para permitir a identificação adequada das hipóteses em que o legislador estadual autorizou a contratação temporária, alinhando-se à tese fixada por esta Corte no julgamento do Tema nº 612 da repercussão geral.

9. *Em terceiro lugar*, não se pode desconsiderar as consequências práticas de eventual declaração de inconstitucionalidade. É que tais dispositivos são indispensáveis para que a contratação de pessoal temporária seja realizada e, por consequência, para que seja assegurada a continuidade de atividades públicas indispensáveis à efetividade de direitos fundamentais.

10. Imagine-se, por exemplo, que, num determinado dia, milhares de pessoas pratiquem crimes contra o Estado Democrático de Direito no Estado do Rio de Janeiro, sejam privadas de liberdade e asoberbem os estabelecimentos penitenciários e socioeducativos. É possível, ainda, que um sistema de tecnologia da informação seja afetado por um incidente de segurança com dados pessoais de grandes proporções e o Estado não tenha pessoal suficiente para adotar imediatamente as medidas reparadoras. Imagine-se, também, que haja vontade política e recursos orçamentários para expandir instituições de educação profissional e tecnológica, mas que o Estado

deixe de fazê-lo naquele momento por ausência temporária de pessoal. Em tais casos, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos inviabilizaria a contratação por prazo determinado, em prejuízo à segurança pública, à dignidade das pessoas privadas de liberdade, ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e à expansão da rede de ensino.

11. Nada obstante, é preciso coibir desvios e excessos, o que deve ser feito neste julgamento. No entanto, em atenção aos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, a solução adotada não deve ser a invalidação do art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *b, c, d, f, h*, da Lei Estadual nº 6.901/2014, mas sim a atribuição de interpretação conforme a Constituição a esses dispositivos, a fim de explicitar que a contratação de pessoal por tempo determinado será constitucional quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do Tema nº 612 de repercussão geral. Assim, caso sobrevenha necessidade permanente de admissão de pessoal, a validade das contratações temporárias estará restrita ao período exigido para a adoção de providências que visem atendê-la de forma definitiva. Dessa forma, ela pressupõe que não haja candidatos aprovados em concurso público à disposição; que a entidade contratante efetivamente realize o concurso público; e que a contratação temporária perdure somente pelo tempo necessário para concluí-lo.

12. Diante do exposto, *dou provimento integral* ao recurso extraordinário do Ministério Público, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, VIII, da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, e *provimento parcial* aos recursos extraordinários do Estado e da Assembleia Legislativa, para, reformando o acórdão recorrido, atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *b, c, d, f, e h*, do mesmo diploma legal, de modo a explicitar que a contratação de pessoal por tempo determinado, nessas hipóteses, será constitucional quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do RE 658.026 (Tema nº 612). Por consequência, reconheço a validade do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; art. 3º, § 3º; e art. 5º, § 3º, da Lei Estadual nº 6.901/2014, que haviam sido declarados inconstitucionais por arrastamento no acórdão recorrido.

13. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “É constitucional a contratação de pessoal por prazo determinado para atividades permanentes do Estado, contanto que sua realização seja indispensável para suprir necessidade temporária e interesse público excepcional”.

14. É como voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECDO.(A/S): OS MESMOS

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e negava provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.10.2019.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, § 1º, inciso VIII, *in fine*, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88, e negou provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, §1º, do RISTF, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que além de dar provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público, também dava parcial provimento aos recursos do Estado e da Assembleia Legislativa. Plenário, Sessão Virtual de 14.4.2023 a 24.4.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROPOSTA DE CONVERSÃO DE APRECIÇÃO EM JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO.

RESOLUÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. INSTITUIÇÃO DO GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIALIZADA CONTRA O CRIME ORGANIZADO (GAECO). AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTRUTURAÇÃO DE ÓRGÃO INTERNO DE APOIO. ATUAÇÃO FACULTATIVA. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO PROMOTOR NATURAL. OBSERVÂNCIA AO § 2º DO ART. 127 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À LEI ORGÂNICA NACIONAL OU ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER INVESTIGAÇÕES PENAIS. REAFIRMAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL DEFINIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 593.727. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. As normas veiculadas pelas Resoluções GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016, posteriormente revogadas pela Resolução GPGJ n. 2.403/2021, não cuidam de direito penal ou processual penal. Os dispositivos questionados não estabeleceram novas atribuições e competências, dispondo sobre o funcionamento de órgão especializado no auxílio ao combate do crime organizado (Grupo de Atuação Especializada contra o Crime Organizado – GAECO), de atuação facultativa, a depender do pedido do promotor natural.

2. A Constituição da República assegura autonomia administrativa do Ministério Público (§ 2º do art. 127).

3. Compete ao Procurador-Geral do Ministério Público “praticar atos e decidir questões relativas à administração geral”; “designar membros do Ministério Público para exercer as atribuições de dirigente dos Centros de Apoio Operacional”; “designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele”, desde que com expressa concordância do promotor natural (arts. 10, incs. V e IX, al. “a”, e 24 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei n. 8.625/1993). Atos administrativos que dispensam lei em sentido formal, por se tratarem de organização interna de órgão facultativo do Ministério Público.

4. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal fixou tese com repercussão geral, no Recurso Extraordinário n. 593.727 (DJe 8.9.2015), no sentido de que os poderes investigatórios do Ministério Público decorrem implicitamente do monopólio da titularidade da ação penal conferida ao órgão pelo inc. I do art. 129 da Constituição da República, não se tratando de atividade exclusiva da polícia judiciária.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, *julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 e das Resoluções por ela revogadas (Resolução GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016)*, nos termos do voto da Relatora. Os Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques e André Mendonça acompanharam a Relatora com ressalvas. Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Brasília, 6 de julho de 2023.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Relatora

22/08/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol, por alegada contrariedade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021, ao inc. I do art. 22; *caput* do art. 37; inc. IV do art. 84; incs. I e VIII do art. 129; §§ 4º, 5º e 6º do art. 144 da Constituição da República.

Nas normas impugnadas, “*reestrutura[-se] o Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO/RJ); revoga as Resoluções GPGJ nº 1.570, de 5 de março de 2010 (Reformula o Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas – NCCO, transformando-o em Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências) e nº 2.074, de 3 de novembro de 2016 (Cria, na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECG), e alterações posteriores, bem como dá outras providências*”.

2. Para demonstrar a legitimidade ativa para o ajuizamento da presente ação direta, a autora alegou que “*atua na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos Delegados de Polícia, pugnando pela preservação das Polícias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal como instituições permanentes e independentes, destinadas ao exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares, caracterizando, na espécie, a pertinência entre o seu objetivo estatutário e o interesse na causa*” (fl. 1-2, e-doc. 1).

Sustentou que a partir das “forças-tarefas” o Ministério Público está se tornando “uma polícia de luxo”, passando a desempenhar a própria atividade de polícia judiciária, e não apenas a função constitucional de controlá-la.

Asseverou contrariedade formal da norma impugnada à Constituição da República ao fundamento de haver invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal (inc. I do art. 22 da Constituição da República).

Argumentou que, ainda que se admitisse a natureza procedimental da norma questionada, haveria necessidade de que a União editasse as disposições de caráter geral sobre a matéria, nos termos do inc. XI do art. 24 da Constituição da República.

Afirmou que, “durante a tramitação das ADIs ns. 2.838 – MT e 4.624 – TO, o em. Relator Min. Alexandre de Moraes destacando, no ponto, sobre esse thema (GAECO) observou oralmente que em tais matérias elas deveriam ser aprovadas mediante LEI FORMAL (C.F. Art. 37, caput e 84, IV – acréscimo nosso). Assim sendo, na ADI n. 2.838 – MT as Leis Complementares n. 119, de 20 de dezembro de 2002 e n. 27, de 19 de dezembro de 1993 que versam sobre o GAECO/MT foram instituídas em substituição à RESOLUÇÃO n. 09/99-CPJ, baixada pelo Colégio de Procuradores de Justiça. Essa actio foi julgada inconstitucional pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça daquele Estado, sendo certo que a referida Resolução foi revogada pela Lei Complementar n. 119/02” (fl. 2, e-doc. 1).

Assinalou que o ato normativo é materialmente contrário à Constituição por não haver correspondência na Lei federal n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), cujo cumprimento é obrigatório pelos Estados.

Observou haver contrariedade aos arts. 129 e 144 da Constituição da República, pois “a redação dada pelo Constituinte originário (...) não deixa dúvidas de que o mesmo, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao Ministério Público para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil –, outorgou às polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária” (fl. 11, e-doc. 1).

Considerou “ilegítimo qualquer procedimento investigatório criminal realizado diretamente por órgão ministerial público, uma vez que tal atividade ocorrerá em sigilo e sem qualquer controle de outros órgãos públicos, abalando, diretamente, a garantia do due process of law” (fl. 23, e-doc. 1).

Resaltou que “a Resolução n. 2.403, de 03/03/21, por outro lado, ao pretender estabelecer, mediante controle externo difuso e concentrado da atividade policial, mediante um extravagante poder hierárquico do Ministério Público sobre as Polícias Civil e Militar, através dos Representantes, do GAECO (parágrafo único do art. 5º) violou, sobretudo, a Constituição Federal (arts. 25; 129, inc. VII e 144, §§ 4º, 5º e 6º). Assim sendo, não se trata, na hipótese, de controle externo (C.F., art. 129, VII), pois, em síntese, coordenar ou mesmo ‘ordenar a atuação de seus agentes’, como lembra HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 18 ed. 1993. p. 105) é função do poder hierárquico; logo trata-se de atividade de controle interno e não de controle externo. Sendo assim, inexistindo na legislação constitucional em vigor, qualquer subordinação entre os policiais civis e militares

e os membros do Ministério Público, os dispositivos impugnados são inconstitucionais, sobretudo, porque a relação de subordinação está contida no art. 144, § 6º, da Constituição da República, que estabelece o vínculo de subordinação da Polícia Estadual (Civil ou Militar) ao Governador do Estado” (fls. 37-38, e-doc. 1).

Requeru medida cautelar para suspender a eficácia da Resolução do Ministério Público GPGJ n. 2.403/2021 até que o mérito da presente ação seja julgado.

Pediu a procedência do pedido desta ação para se declarar a inconstitucionalidade formal e material da totalidade da Resolução GPGJ n. 2.403, de 3.3.2021 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 40-42, e-doc. 1).

3. Em 24.5.2022, adotei o rito do art. 10 da Lei n. 9.868/1999 (e-doc. 12).

4. Nas informações prestadas, o Procurador-Geral do Ministério Público do Rio de Janeiro suscitou o não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, argumentando que: a) *“a presente ação direta se mostra desde logo inadmissível, porque reproduz matéria, alusiva ao poder investigatório do Ministério Público, já decidida sob o regime da repercussão geral, do qual resultou tese de caráter objetivo, dotada de generalidade e abstração quanto à legitimidade e constitucionalidade daquela atividade desenvolvida pelo Parquet (RE nº 593.727/MG, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, redator p. acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2015)”*, concluindo pela *“falta de interesse de agir, somada à completa ausência das mencionadas situações que autorizam a revisão de julgados na jurisdição constitucional, nem de longe tangenciadas pela entidade autora, torna a presente ação manifestamente descabida e improcedente, nos termos do art. 4º, Lei nº 9.868/99”*; b) não é cabível o controle de constitucionalidade de norma infralegal e *“que a citada Resolução se fundamenta diretamente na Lei Orgânica do Ministério Público. Com efeito, a Lei nº 8.625/93 dispõe que ‘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’ (art. 24). Preceito com redação idêntica se encontra na Lei Complementar estadual nº 106/03 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – que atribui competência ao Procurador-Geral de Justiça de igualmente ‘designar, com a concordância do titular do órgão de execução, outro membro do Ministério Público para funcionar em feito determinado de atribuição daquele (art. 11, XIV)”*; c) *“a inicial veicula suposta ofensa reflexa, indireta ou oblíqua ao texto constitucional – diga-se logo inexistente, como se verá nos tópicos subsequentes –, tornando inadequada a via eleita para a discussão da matéria, o que enseja a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV e VI do Código de Processo Civil”*.

No mérito, sustentou ser constitucional a norma, afirmando ter sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 593.727, a validade do poder investigativo exercido pelo Ministério Público, e que *“não houve qualquer mudança no ordenamento jurídico, na Constituição ou nas leis, tampouco no contexto social, capaz de abalar os parâmetros de constitucionalidade que alçaram a questão meritória ao regime da repercussão geral”*.

Asseverou que *“a resolução interna não contém qualquer disposição atinente ao direito processual penal, nem dispõe sobre procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, matéria esta disciplinada, como já ressaltado, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) por meio da Resolução nº 181/17 à luz dos balizamentos ditados pelo próprio Supremo Tribunal Federal.*

O ato normativo infralegal questionado cinge-se à regulamentação de um órgão administrativo da estrutura orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Por consequência lógico-jurídica, não há que se falar em ofensa à competência reservada prevista no art. 22, inc. I da Constituição Federal”.

Defendeu que “a criação e regulamentação de Grupos de Atuação Especializada no âmbito do Ministério Público, estruturas administrativas internas da Procuradoria-Geral de Justiça, constituem matérias interna corporis, que dizem respeito a economia interna da Instituição, sendo desempenhadas em estrita conformidade com a Lei e com a autonomia administrativa conferida pela Constituição ao Parquet”.

Noticiou que “existem diversas recomendações exaradas pelo Conselho Nacional do Ministério Público para a criação de grupos especializados no âmbito das unidades do Parquet. Por exemplo, a Recomendação CNMP nº 42/2016 dispõe sobre a criação de estruturas especializadas no Ministério Público para a otimização do enfrentamento à corrupção, com atribuição cível e criminal. Reza o art. 1º: ‘Os ramos do Ministério Público da União e dos Estados, que ainda não os disponham, constituam, com a brevidade possível, grupos de atuação especial para o enfrentamento à corrupção, com atuação preventiva e repressiva, e com atribuição extrajudicial e judicial, cível e criminal’”.

Mencionou que “o formato de atuação do Ministério Público por intermédio de Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado é objeto das ADIs nº 2.838/MT e 4.624/TO, sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes. O julgamento não foi finalizado, mas já votaram os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanharam o voto do relator, favorável ao desenho institucional dos aludidos órgãos do Parquet”.

5. O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar, em parecer cuja ementa se transcreve:

“Ministério Público. Resolução GPGJ nº 2.403/2021, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que reestrutura o Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO/RJ). Alegada violação ao princípio da legalidade, à competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processo penal, e, ainda, à prerrogativa da polícia judiciária de proceder à investigação criminal em caráter de exclusividade (arts. 22, I; 37, caput; 84, IV; 129, I, VII e VIII; e 144 da Lei Maior). Preliminar. Impugnação deficiente ao complexo normativo. Mérito. Ausência de fumus boni iuris. O ato impugnado

veicula normas de direção e de organização interna do Ministério Público, cuja edição compete ao próprio Parquet estadual, como corolário de sua autonomia administrativa e funcional prevista no artigo 127, § 2º, da Constituição Federal. Ademais, o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal (Recurso Extraordinário nº 593.727 – Tema 184 da repercussão geral). Ausência de periculum in mora. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pelo indeferimento da medida cautelar” (e-doc. 17).

6. A parte autora formulou pedido de aditamento da inicial no e-doc. 20, para inclusão, no objeto da ação, dos seguintes atos normativos: Resoluções 1.570/2010 e 2.074/2016.

7. O Procurador-Geral da República opinou nos termos seguintes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÃO CPGJ 2.403, DE 2021. REESTRUTURAÇÃO DO GAECO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA (CF, ART. 127, § 2º). ALEGADA INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL OU SOBRE NORMAS GERAIS EM MATÉRIA PROCEDIMENTAL (CF, ART. 22, I, E 24, IX). INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTE DOTADO DE EFEITO VINCULANTE. TEMA 184 DA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO E, NO MÉRITO, PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A ausência de impugnação da totalidade das normas que compõem o complexo normativo apontado como inconstitucional impede o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, por inutilidade do provimento jurisdicional. Precedentes.

2. O pedido de aditamento da inicial, em ação direta de inconstitucionalidade, somente é possível quando formulado anteriormente à requisição de informações aos órgãos de que emanaram a lei ou o ato normativo arguido como inconstitucional. Precedentes.

3. Não configura usurpação da competência da União para legislar sobre direito processual ou sobre normas gerais em matéria de procedimento (CF, art. 22, I, e 24, IX) ato normativo que

dispõe sobre a estruturação do GAECO no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, editado para instituir regras atinentes à estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja disciplina por resolução consubstancia expressão da autonomia administrativa conferida pelo art. 127, § 2º, da CF ao Ministério Público brasileiro.

4. A estruturação interna por ato do Procurador Geral de Justiça de grupos de atuação especializada na organização administrativa do Ministério Público encontra respaldo nos arts. 10, V, VIII, IX, 'a' e 'b', e 24 da LONMP, e, especificamente no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no art. 11, X, XII, XIV e XXIII, da Lei Complementar 106/2003, motivo pelo qual não há que se falar em violação do princípio da legalidade.

5. A legitimidade constitucional do poder investigatório do Ministério Público foi afirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o tema 184 da repercussão geral (RE 593.727/ MG, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe de 8.02.2015), com fixação de tese revestida de efeito vinculante, cuja eventual superação, considerados os princípios que orientam a formação da jurisprudência no âmbito do Poder Judiciário (estabilidade, coerência e integridade), reclama fundamentação idônea pautada em significativa alteração da realidade constitucional subjacente à formação da tese, sob pena de ofensa ao postulado da segurança jurídica, do qual é corolário o princípio da confiança e da isonomia dos jurisdicionados.

6. Simples discordância de posicionamento do Supremo Tribunal Federal consolidado em tese de repercussão geral, sem apontamento de distinguishing suficiente para arrostar o entendimento jurisprudencial da Corte, não autoriza a superação de precedente de caráter vinculante (overruling), nem mesmo pela via do controle abstrato de constitucionalidade.

– Parecer pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido” (e-doc. 27).

8. Em 17.6.2022, deferi o ingresso da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (e-doc. 22) na presente ação direta de inconstitucionalidade como *amicus curiae* (e-doc. 29).

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c inc. I do art. 87 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

22/08/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Como relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta, em 19.5.2022, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol, por alegada contrariedade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021, ao inc. I do art. 22; *caput* do art. 37; inc. IV do art. 84; incs. I e VIII do art. 129; §§ 4º, 5º e 6º do art. 144 da Constituição da República.

Nas normas impugnadas, *“reestrutura[-se] o Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO/RJ); revoga as Resoluções GPGJ nº 1.570, de 5 de março de 2010 (Reformula o Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas – NCCO, transformando-o em Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências) e nº 2.074, de 3 de novembro de 2016 (Cria, na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECCE), e alterações posteriores, bem como dá outras providências”*.

2. Instruído o feito, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, propõe-se, em cumprimento ao princípio constitucional da razoável duração do processo, converter-se em julgamento definitivo de mérito. No mesmo sentido, confirmam-se, por exemplo: ADI n. 6.737, de minha relatoria, DJe 8.6.2021; ADI n. 6.928, de minha relatoria, DJe 23.11.2021; ADI n. 6.432, de minha relatoria, DJe 8.4.2021; ADPF n. 526, de minha relatoria, DJe 11.5.2020; ADI n. 6.495, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 23.11.2020; ADI n. 4.163, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe 1º.3.2013; e ADI n. 5.661, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 5.10.2020.

DO ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

3. Este Supremo Tribunal admite o aditamento da inicial, observados os princípios da economia e da duração razoável do processo, nos casos em que a inclusão de nova impugnação dispense a requisição de novas informações e não prejudique o núcleo central da ação. Assim, por exemplo:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL QUE REGULAMENTA TAXA JUDICIÁRIA, CUSTAS E EMOLUMENTOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. (...).

3. Indeferimento do pedido de aditamento da inicial para incluir as alterações trazidas pela Lei Estadual nº 12.978/2005. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o aditamento à inicial somente é possível nas hipóteses em que a inclusão da nova impugnação (i) dispense a requisição de novas informações e manifestações; e (ii) não prejudique o cerne da ação, o que não ocorre no presente caso. Precedente. 4. (...). 7. Ação conhecida em parte e, nessa parte, julgada improcedente” (ADI n. 1.926, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 2.6.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS (ANAMAGES). LEGITIMIDADE ATIVA. LEI COMPLEMENTAR 1.031/2007 DO ESTADO DE SÃO PAULO. NORMA DE INTERESSE DA MAGISTRATURA ESTADUAL. NÃO IMPUGNAÇÃO À NORMA DO MESMO COMPLEXO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE DE ADITAMENTO DA INICIAL. NECESSIDADE DE NOVAS INFORMAÇÕES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. (...) 3. Entendimento desta CORTE no sentido de que o aditamento da inicial só é possível, observados os princípios da economia e da celeridade processuais, quando a inclusão de nova impugnação dispensa a requisição de novas informações. No presente caso, não é possível tal aditamento com a finalidade de corrigir vício relativo à legislação não impugnada do complexo normativo. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (ADI n. 4.265-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 17.5.2018).

4. Na espécie, os requerimentos veiculados na petição de aditamento à inicial são pela inclusão das Resoluções GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016, revogadas pela Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021. Antes desta, dispunham sobre o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ e o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECR/RJ.

O pedido de aditamento foi formulado após manifestação da Advocacia-Geral da União, na qual se alegou ser necessária a impugnação de “*todo o complexo normativo*”, devido ao efeito repristinatório inerente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade.

5. Ainda que, pela petição do e-doc. 20, tenham sido incluídos outros atos normativos como objeto desta arguição, o tema neles tratado é idêntico ao trazido na norma originariamente impugnada. A Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 revogou expressamente as Resoluções que antes versavam sobre a matéria, reestruturando o Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ.

Os questionamentos da inicial são suficientes para impugnar os atos normativos que precederam a Resolução GPGJ n. 2.403/2021, tendo sido refutados na manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

6. Pelo exposto, observados os princípios da duração razoável do processo e a racionalidade processual e, ainda, sendo desnecessária nova requisição de informações, recebo o aditamento da inicial, considerando desnecessário novo prazo para manifestação de órgãos de advocacia e do Ministério Público, por serem a mesma a matéria e os termos cuidados e submetidos à apreciação.

DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL ALEGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

7. O Procurador-Geral do Ministério Público do Rio de Janeiro, em suas informações, suscitou o não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, argumentando que *“a presente ação direta se mostra desde logo inadmissível, porque reproduz matéria, alusiva ao poder investigatório do Ministério Público, já decidida sob o regime da repercussão geral, do qual resultou tese de caráter objetivo, dotada de generalidade e abstração quanto à legitimidade e constitucionalidade daquela atividade desenvolvida pelo Parquet (RE nº 593.727/MG, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, redator p. acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2015)”*, concluindo pela *“falta de interesse de agir, somada à completa ausência das mencionadas situações que autorizam a revisão de julgados na jurisdição constitucional, nem de longe tangenciadas pela entidade autora, ressaltando que torna a presente ação manifestamente descabida e improcedente, nos termos do art. 4º, Lei nº 9.868/99”*.

A preliminar de não conhecimento da ação deduzida pela Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro limita-se aos questionamentos de inconstitucionalidade material deduzidos pela parte autora, no sentido de que a atribuição de atividades investigativas ao Ministério Público se equipararia à atividade de polícia judiciária, contrariando os arts. 129 e 144 da Constituição da República.

8. O acórdão deste Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, embora de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário por constituir paradigma de repercussão geral, não vincula a atuação administrativa de outros órgãos.

Assim, não tendo sido definitivamente adotada por este Supremo Tribunal a teoria da abstrativização plena do julgamento em ação de controle difuso de constitucionalidade, a tese firmada no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, ainda que sirva como importante referência para o presente julgamento, não conduz ao não conhecimento desta ação direta de inconstitucionalidade, especialmente porque são também apresentados pela parte autora outros argumentos para questionar as normas impugnadas, como a tese de inconstitucionalidade formal.

9. Pelo exposto, *rejeito a preliminar de falta de interesse de agir*.

ALEGAÇÃO DE OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

10. O Procurador-Geral do Ministério Público do Rio de Janeiro suscitou o não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, argumentando ser incabível o controle de constitucionalidade de norma infralegal. Afirma, ainda, que a inicial suscitaria suposta ofensa reflexa, indireta ou oblíqua ao texto constitucional.

11. Na questão posta a exame, a parte autora aponta contrariedade ao inc. I do art. 22; *caput* do art. 37; inc. IV do art. 84; incs. I e VIII do art. 129; §§ 4º, 5º e 6º do art. 144 da Constituição da República.

Embora a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público) disponha que *“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”* (art. 24), o questionamento da requerente volta-se especificamente à estruturação do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ e do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECC/RJ, segundo o figurino de *“forças tarefas”* de investigação instituídas pelo Ministério Público para combate à criminalidade organizada.

Segundo alegado na inicial, as normas impugnadas não guardam correspondência com a Lei n. 8.625/1993, além de extrapolarem as funções constitucionais atribuídas ao órgão ministerial, pelo que se teria ofensa direta à Constituição.

O mérito da questão posta refere-se à ocorrência, ou não, de invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal (inc. I do art. 22 da Constituição da República); à necessidade de editar a União disposições de caráter geral sobre a matéria (inc. XI do art. 24 da Constituição da República) e contrariedade aos arts.

129 e 144 da Constituição da República, que elencam as funções do Ministério Público e das forças de segurança pública.

12. Não há dúvida, portanto, da *natureza constitucional da matéria cuidada na presente ação direta de inconstitucionalidade*.

DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

13. Instituíram-se, pelas Resoluções GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016, posteriormente revogadas pela Resolução GPGJ n. 2.403/2021, todas do Ministério Público do Rio de Janeiro, o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO/RJ e o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção – GAECC/RJ como órgãos integrantes da estrutura administrativa e permanente da Procuradoria-Geral de Justiça, destinados a auxiliar o promotor natural, prestando-lhe suporte técnico e operacional para *“identificação, prevenção e repressão de crimes complexos: a) praticados por organizações criminosas ou por sistemas de corrupção de agentes públicos; b) que produzam significativa lesividade social ou, ainda, que, por*

questões de fato ou de direito, demandem o modelo de atuação coletiva especializada para obtenção de maior nível de efetividade da persecução”.

Segundo as normas questionadas, “o GAECO/RJ somente poderá atuar:

I – se houver pedido de auxílio formulado expressamente pelo Promotor Natural;

II – mediante prévia e expressa anuência do membro do Ministério Público com atribuição, se a iniciativa da atuação partir do próprio Grupo”.

14. A alegação de usurpação de competência da União para legislar sobre direito penal e processual não merece ser acolhida.

Nas normas veiculadas pelas Resoluções GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016, posteriormente revogadas pela Resolução GPGJ n. 2.403/2021, não se tratou de direito penal ou processual. Nenhuma dessas normas dispõe especificamente sobre a tramitação de inquéritos policiais, de procedimentos administrativos de investigação ou de ações penais.

Nos dispositivos impugnados apenas se estabeleceu a estruturação de órgão administrativo interno de cooperação com os promotores naturais. Não se constituíram novas atribuições e competências. Nelas se dispôs apenas sobre o funcionamento de um órgão especializado no auxílio ao combate do crime organizado, de atuação facultativa, a depender do pedido do promotor natural.

15. Na al. d do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República se estabelece:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

No § 5º do art. 128 da Constituição da República, dispõe-se:

“Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...)”.

É de extrair da interpretação sistemática dessas normas constitucionais a conclusão de que as leis complementares estaduais, pelas quais se estabelecem a organização, as atribuições e o estatuto dos respectivos Ministérios Públicos, são de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça do Estado e devem observar o regramento geral definido pelas normas gerais previstas na Lei Orgânica do Ministério Público, de iniciativa privativa do Presidente da República.

Na Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), editada com fundamento na al. d do inc. II do § 2º do art. 61 da Constituição da República), definem-se normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e se estabelece o estatuto dos seus membros, com o objetivo de garantir a uniformidade entre os Ministérios Públicos estaduais e coibir disparidades institucionais.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli pondera:

“Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa agora também é facultada aos respectivos procuradores-gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 61, caput, e 128, § 5º). Não se esqueça de que cabe ao Presidente da República a iniciativa exclusiva da lei de organização do Ministério Público da União e da lei que fixará normas gerais para a organização do Ministério da União e da lei que fixará normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 61, § 1º, II, d). É preciso vencer a contradição, até certo ponto apenas aparente, entre esses dispositivos.

O procurador-geral da República terá a iniciativa de leis na forma e nos casos previstos na Constituição de 1988 (art. 61, caput); pelo princípio da simetria, os procuradores-gerais de justiça dos Estados também terão a iniciativa de leis, nas hipóteses correspondentes. Haverá uma lei federal, de iniciativa do presidente da República, que estabelecerá: a) a organização do Ministério Público da União (art. 61, § 1º, II, d); b) normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 61, § 1º, II, d, segunda parte). Na União, haverá ainda uma lei complementar, cuja iniciativa é facultada ao procurador-geral da República (e, portanto, é de iniciativa concorrente do presidente da República), que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da

*União (art. 128, § 5º). Nos Estados, haverá leis complementares, de iniciativa facultada aos seus procuradores-gerais (e, igualmente, de iniciativa concorrente dos governadores), que farão o mesmo com os Ministérios Públicos locais (ainda o art. 128, § 5º). Ora, a iniciativa presidencial exclusiva é reservada para uma lei nacional que fixará apenas as normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Assim, leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores gerais, minudenciarão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, obedecidas as normas gerais fixadas na lei federal. Segundo o parágrafo único do art. 96 da Carta de 1969, com a Emenda n. 7/77, era bem mais restrito o campo reservado à lei complementar nacional do Ministério Público; destinava-se esta apenas à fixação de normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do art. 95 (que cuidava do concurso de ingresso, da estabilidade e da inamovibilidade relativa). O novo texto constitucional, entretanto, além de conferir à lei federal a explicitação de normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (arts. 21, XIII, 22, XVII, 48, IX, 61, § 1º, II, d, 68, § 1º, I), ainda prevê possa a lei complementar respectiva estabelecer-lhe o respectivo estatuto e fixar-lhe atribuições. Conquanto em tese a legislação processual caiba à União (CF, art. 22, I, ressalvada a exceção do seu parágrafo único, bem como a matéria procedimental de competência concorrente dos Estados, cf. Art. 24, X e XI), o permissivo constitucional que faculta à legislação complementar local estipular normas de atribuição do Ministério Público acabará por permitir, sem dúvida, que a legislação local disponha sobre novas áreas de atuação, inclusive conferindo-lhe, por exemplo, hipótese de intervenção processual (como a defesa de deficientes, v.g.)” (MAZZILLI, Hugo Nígro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73-75).*

Coexistem, portanto, nos Ministérios Públicos estaduais, dois regimes de organização, quais sejam, o da Lei Orgânica Nacional, pela qual estabelecidas as normas gerais, e o da Lei Orgânica do respectivo Estado, pela qual se delimita, por lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, o estatuto de cada Ministério Público.

16. A Constituição da República também assegurou a autonomia administrativa do Ministério Público, nos termos do § 2º do art. 127 da Constituição da República:

“Art. 127. 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.

(...)

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

A respeito, José Afonso Silva afirma:

“A ‘autonomia administrativa’ significa que cabe à instituição organizar sua administração, suas unidades administrativas, praticar atos de gestão, decidir sobre a situação funcional de seu pessoal, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus serviços auxiliares, prover cargos nos termos da lei, estabelecer a política remuneratória, observado o art. 169, e os planos de carreira de seu pessoal (agentes políticos, assim como agentes administrativos)” (SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 596).

Nesse sentido, assinala Clèmerson Merlin Clève, *“o poder de iniciativa legislativa conferido ao Ministério Público pela Constituição de 1988 é corolário de sua autonomia e independência”* (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Ministério Público e a reforma constitucional*. Revista dos Tribunais, vol. 692, p. 21, jun. 1993).

Sobre o tema, em obra doutrinária, o Ministro Alexandre de Moraes assevera:

“O novo status constitucional de independência, autonomia e imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, conferido ao Ministério Público em 1988, foi reforçado pela concessão de iniciativa para deflagrar o processo legislativo, podendo, inclusive, propor a criação e extinção dos cargos da instituição e de seus serviços auxiliares, com provimento obrigatório por concurso público de provas e títulos, para a iniciativa das respectivas leis” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.622).

17. A estruturação interna por ato do Procurador-Geral de Justiça de grupos de atuação especializada fundamenta-se nos arts. 10, incs. V, VIII e IX, al. “a”, e 24 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei n. 8.625/1993:

“Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

V - praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e execução orçamentária do Ministério Público;

(...)

VIII - delegar suas funções administrativas;

IX- designar membros do Ministério Público para:

a) exercer as atribuições de dirigente dos Centros de Apoio Operacional;

(...)

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”.

No mesmo sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro – Lei Complementar n. 106/2003:

“Art. 11 Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

(...)

X - expedir atos de regulamentação interna, dispondo, inclusive, sobre funções gratificadas e de confiança;

(...)

XIV - designar, com a concordância do titular do órgão de execução, outro membro do Ministério Público para funcionar em feito determinado de atribuição daquele;

(...)

XXIII - praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e execução orçamentária;”

Na espécie, não houve usurpação de competência legislativa privativa da União ou da iniciativa do Presidente da República, por não haver incompatibilidade entre as Resoluções questionadas, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Tampouco é necessária a edição de lei formal, pois as normas impugnadas não inovam nem alteram, menos ainda usurpam atribuições do promotor natural. Tratam apenas da organização interna de órgão facultativo de apoio do Ministério Público do Rio de Janeiro, estando na esfera de autonomia administrativa do órgão.

Afasto, portanto, a ocorrência de inconstitucionalidade formal dos dispositivos questionados.

DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

18. O autor alega inconstitucionalidade de se atribuir ao Ministério Público a função de investigação criminal, a qual, segundo argumenta, seria de competência privativa das Polícias Civil e Federal.

Não se comprova a inconstitucionalidade material apontada.

19. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727 (Relator o Ministro Cezar Peluso, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, DJe 8.9.2015), o Plenário deste Supremo Tribunal firmou a tese de que *“o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição”*.

É a ementa desse julgado:

“Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional,

à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: ‘O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição’. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria”.

Reafirmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que os poderes investigativos do Ministério Público decorrem implicitamente do monopólio da titularidade da ação penal conferida ao órgão pelo inc. I do art. 129 da Constituição da República, não se tratando de atividade exclusiva da polícia judiciária.

Como titular da ação penal, o Ministério Público é o destinatário das atividades de investigação para apuração de ilícitos criminais. Aquelas atividades realizam-se na fase pré-processual (inquérito policial). Assim, a ele cabe intervir diretamente nas investigações, requisitando diligências e podendo investigar diretamente, de forma supletiva à atividade policial.

20. Não foi apresentada pela autora alguma circunstância apta a superar o precedente firmado no Recurso Extraordinário n. 593.727, devendo ser privilegiada

a segurança jurídica e o respeito à tese firmada em repercussão geral, devidamente fundamentada.

Ausente, assim, a alegada incompatibilidade com a Constituição da República da previsão normativa de que o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, com atribuição de realizar investigações e de instaurar inquéritos policiais e procedimentos administrativos de investigação, seja integrado por membros do Ministério Público.

21 Pelo exposto, *voto no sentido de julgar improcedente a presente ação direta para reconhecer a constitucionalidade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 e das Resoluções por ela revogadas (Resolução GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016).*

22/08/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Em complemento ao relatório lançado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, anoto que o caso em julgamento trata de Ação Direta proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, ADEPOL, em face da Resolução GPGJ 2.403/2021, do Ministério Público do Rio de Janeiro, que, alterando Resoluções anteriores sobre o mesmo objeto (Resoluções 1.570/2010 e 2.074/2016, objeto de aditamento pelo Requerente, doc. 20), tratou da atuação e estruturação, no âmbito daquele órgão, do *Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado* – GAECO-RJ.

A Associação Requerente alega, essencialmente, que a disciplina do tema importaria em violação ao art. 22, I (competência da União para legislar sobre processo penal), ao art. 37, *caput* (princípio da legalidade); ao art. 84, IV; ao art. 129, I e VIII (atribuições do Ministério Público); e ao art. 144, §§ 4º, 5º e 6º (atribuições dos órgãos de segurança pública); todos dispositivos da Constituição Federal.

Aponta que providências dessa natureza – institucionalização de forças-tarefa no âmbito do Ministério Público – dependeriam de lei em sentido formal. Que a disciplina da Resolução impugnada não teria correspondência com a Lei 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, LONMP. E que seu conteúdo promoveria a hierarquização das relações entre o MP e órgãos de segurança pública, Polícias Civil e Militar, entre outras alegações.

Para o presente julgamento virtual, a Ministra Relatora apresenta voto pela IMPROCEDÊNCIA da Ação Direta. Afasta a alegação de invasão da competência da União descartando que a disciplina do funcionamento de órgão especializado no âmbito do próprio Ministério Público, a requerimento do promotor natural do caso,

não importaria em normas de direito processual penal e teriam fundamento na autonomia administrativa do Ministério Público (art. 127, § 2º, da CF).

E apontou a compatibilidade do disposto na Resolução impugnada com a LONMP e com a Jurisprudência da CORTE que reconhece os poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 8/9/2015).

É o relato do essencial.

O Plenário da CORTE iniciou a análise de matéria semelhante no julgamento das ADIs 2838 e 4624, de minha relatoria, que tratam de legislações editadas pelos Estados do Mato Grosso e Tocantins a respeito da atuação de órgão estruturando no âmbito do Ministério Público local, especializado no combate ao crime organizado.

As alegações enfrentadas naquele julgamento (sessão de 19/2/2020) tratavam da requisição de servidores civis ou policiais militares, bem como de outros recursos públicos para a realização de atividades específicas; de uma aventada subordinação hierárquica entre servidores policiais e membros do Ministério Público; e sobre a validade de atribuição ao Ministério Público da função de investigação criminal, que na ótica do Requerente, seria privativa dos órgãos policiais, facultado ao Ministério Público apenas a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito policial.

Essas alegações estão presentes no presente julgamento, em que se questiona Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro que também tratou da estruturação do GAECO.

Conforme consignei no debate sobre as legislações dos Estados do Mato Grosso e Tocantins, o grande desafio institucional brasileiro da atualidade é evoluir nas formas de combate à criminalidade, efetivando um maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação à criminalidade organizada, na repressão à impunidade e na punição da corrupção, e, conseqüentemente, estabelecer uma legislação que fortaleça a união dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público na área de persecução penal, no âmbito dos Estados da Federação.

O poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser *eficiente*, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade, bem como zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da Sociedade.

Nosso texto constitucional consagrou o *princípio da eficiência*, como aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a

melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.

O *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum. A *eficiência* no serviço público, portanto, está constitucionalmente direcionada tanto para as finalidades pretendidas pela atividade estatal, como para as condições necessárias para o agente público bem exercer suas funções.

Esse mínimo exigido para a satisfação da *eficiência* pelo Poder Público adquire contornos mais dramáticos quando a questão a ser tratada é a segurança pública, o sistema acusatório e a Justiça criminal, em virtude de estar em jogo a vida, a dignidade, a honra, a incolumidade física e o patrimônio dos indivíduos.

No exercício da atividade de segurança pública do Estado, a *eficiência* exigida baseia-se na própria Constituição Federal, que consagrou a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e determinou que seja exercida com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de seus dois grandes ramos, a polícia judiciária e a polícia administrativa.

O pleno atendimento dessas metas somente será possível se a interpretação constitucional e o exercício das competências legislativas e administrativas garantirem a cooperação entre todos os poderes da República nos três níveis da Federação, com o financiamento, estruturação, integração e infraestrutura necessários para o eficaz cumprimento dessas complexas tarefas, buscando a otimização dos resultados pela aplicação de razoável quantidade de recursos e esforços.

A realidade exige maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais no combate à criminalidade organizada, à impunidade e à corrupção, e, conseqüentemente, há a necessidade de maior união dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público, no âmbito de toda a Federação.

O combate à criminalidade organizada e transnacional vem sendo aperfeiçoado nos diversos países europeus e americanos, uma vez que as antigas formas de investigação, de atuação e de interação POLÍCIA/JUSTIÇA demonstraram total ineficácia para a repressão à macrocriminalidade.

Desde 2002, o Conselho da União Europeia instituiu a EUROJUSTIÇA para reforçar o combate e controle às graves formas de criminalidade organizada (2002/187/GAI), inclusive com a criação de um órgão transnacional de cooperação judiciária/policial entre os diversos Estados da União Europeia para o combate à criminalidade organizada e transnacional, com a melhora e a efetivação da cooperação policial e judiciária entre as diversas esferas, com a adoção de padrões instrumentais de combate à criminalidade e autonomia financeira, garantida pela própria União Europeia.

Entre outros importantes pontos, é fortalecida a cooperação entre Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, bem como os modernos mecanismos de

investigação – principalmente, em relação à inteligência, combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos financeiros.

A título exemplificativo, em seu artigo 4º, o Ato do Conselho prevê como atribuição da Eurojustiça todos os crimes de competência da Interpol, a criminalidade de informática, as fraudes, corrupções e quaisquer outros golpes financeiros contra a Comunidade Europeia, a lavagem de dinheiro, a criminalidade ambiental, a participação em organizações criminosas e outras formas de criminalidade organizada.

Essa medida europeia deixa evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares, bem como seu total distanciamento em relação ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Se a união de esforços foi possível em países europeus soberanos, nada justifica sua inexistência em um Estado Federativo como o Brasil, ou mesmo, em diversos órgãos pertencentes a um mesmo Estado-Membro, como na presente hipótese.

A Constituição permite aos Estados-Membros uma grande possibilidade de inovar no combate à criminalidade, com criatividade e eficiência, por meio da combinação dos artigos 24, inciso XI (competência concorrente em matéria procedimental), 125, § 1º (competência legislativa estadual para organização judiciária), 144, §§ 4º e 5º (competência legislativa estadual em matéria de polícia civil e militar) e 128, § 5º (competência legislativa estadual em matéria de organização do Ministério Público), aperfeiçoando e ampliando os atuais mecanismos arcaicos de combate a organizações criminosas e à corrupção, e atendendo às peculiaridades de cada um dos estados.

Os citados artigos constitucionais permitem a adoção de instrumentos procedimentais efetivos e eficientes para a integração e realização de planejamento estratégico entre os órgãos da persecução penal, para o combate à criminalidade organizada e à corrupção.

O conjunto normativo impugnado na presente Ação Direta – Resoluções editadas pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro para a estruturação e atuação do GAECO – nada mais fizeram do que criar um órgão especializado dentro da própria estrutura do Ministério Público, com a finalidade de instrumentalizar e garantir a eficiência e eficácia dos procedimentos de investigação criminal realizados pelo titular da ação penal, o que está alinhado com o perfil institucional atribuído pela Constituição Federal ao órgão.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal, com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

A Constituição consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento (Inq 4.045 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016). O sistema acusatório prevê a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou a promoção de arquivamento do inquérito ou peças de informação (ADI 4.693/BA, Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada em 11/10/2018; MS 34730/DF, 1ª T, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 10/12/2019).

Para poder cumprir seu importante papel no regime democrático, a Constituição Federal enumerou diversas funções institucionais ao Ministério Público, entre elas, a promoção privativa da ação penal; a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e a requisição de informação e documentos para instruí-los; a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e o exercício do controle externo da atividade policial. Além disso, o texto constitucional deixou clara sua exemplificatividade, pois permitiu à legislação ordinária a fixação de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional (Inq 1.957/PR, Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 11/5/2005; conferir ainda: HC 89.334- 1/RO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 9/10/2006; HC 89.837-8/DF-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão de 16/10/2006).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu ser *“perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito”*, pois, conforme salientado pela Ministra ELLEN GRACIE, *“tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da opinio delicti”* (HC 91.661/PE, Pleno, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão de 10/3/2009; HC 96.638/BA, Primeira Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão de 2/12/2010).

A CORTE reconheceu a *“validade jurídica dessa atividade investigatória”* do Ministério Público, entendendo derivar implicitamente de seu *“monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública”*, consagrado no art. 129, I, da CF, sendo, portanto, *“plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de Polícia Judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória”*, como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO (HC 89.837/DF, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 20/11/2009).

Incorporou-se, em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, segundo a qual, no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (*Myers v. Estados Unidos* – US 272 – 52,

118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal (HC 94.173/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão de 1º/8/2008; RE 535.478/SC, Segunda Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão de 28/10/2008).

Entre essas competências implícitas, não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que, em casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da Instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas (Inq 2.041-9/MG, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão de 30/9/2003; HC 84.367/RJ, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Informativo STF n. 376, p. 4).

Não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, configura a confiança no respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei (RHC 97.926/GO, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2/9/2014; HC 89.334-1/RN, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 9/10/2006).

Nesse sentido, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, o Tribunal Pleno desta CORTE pacificou o entendimento acerca da constitucionalidade dessa atuação ministerial. A tese fixada naquela oportunidade (RE 593.727, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Dje de 8/9/2015), transcrita na ementa do acórdão, foi redigida nos seguintes termos:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

Obviamente, o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de poder sem limites ou avesso a controles, mas sim derivado diretamente de suas funções constitucionais enumeradas no art. 129 da CF e com plena possibilidade de responsabilização de seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício de suas funções, pois, em um regime republicano, todos devem fiel observância à Lei (Inq 1968/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Informativo STF n. 359).

Dentro desse contexto, os dispositivos impugnados nada mais fizeram do que instrumentalizar de maneira constitucional e razoável o Ministério Público para o exercício de sua missão constitucional, inclusive o combate ao crime organizado e à corrupção, com a criação de um órgão dentro de sua estrutura administrativa, com plena autonomia funcional e apoio das Polícias Civil e Militar.

A estruturação do GAECO, enquanto órgão interno do Ministério Público, garantiu ampla independência funcional aos seus membros, bem como autonomia administrativa e financeira, com previsão de destinação orçamentária específica dentro do orçamento ministerial. Logicamente, por se tratar de órgão do Ministério Público e exercer sua atuação nos limites dos procedimentos investigatórios criminais da Instituição, o GAECO deve ser coordenado por membro da Instituição, como previsto expressamente em lei.

Da mesma maneira, não há qualquer inconstitucionalidade na Resolução impugnada na presente Ação Direta, na medida em que previu a designação de membros do GAECO para atuarem em auxílio ao Promotor natural no casos relacionados à repressão de organizações criminosas, mediante o fornecimento de suporte administrativo para bom desempenho dessa atribuição. A norma também trata da coordenação de ações internas e colaboração com outras instituições para o combate ao crime organizado, à corrupção de agentes públicos, à lavagem de dinheiro e demais crimes que atentem contra o interesse público, que, por suas características, demandem atuação especializada.

Nesse sentido, transcrevo o art. 14 da Resolução impugnada, no que elenca as atribuições do GAECO-RJ:

Art. 14 – Cabe ao GAECO/RJ, ainda:

I – coordenar ações destinadas à prevenção, investigação e combate às organizações criminosas, aos sistemas de corrupção de agentes públicos, à lavagem de dinheiro e demais crimes que atentem contra o interesse público de alta relevância ou que, por sua natureza, complexidade e abrangência demandem a atuação especializada;

II – promover e acompanhar investigações e intercâmbio de informações com órgãos de inteligência e investigação;

III – sugerir a realização de palestras, seminários e outros eventos afetos à sua atribuição;

IV – sugerir a realização de convênios e assessorar o Procurador-Geral de Justiça no planejamento, na coordenação, no controle e na execução dos convênios celebrados pela Instituição sobre os assuntos afetos às suas finalidades;

V – encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça notícias sobre fatos de sua atribuição originária, assim como sugerir a iniciativa de processo legislativo ou o encaminhamento de propostas de modificações legislativas;

VI – colaborar na elaboração da política institucional de combate às organizações criminosas, aos sistemas de corrupção de agentes públicos, à lavagem de dinheiro e demais crimes que atentem contra o interesse público de alta relevância ou que, por sua natureza, complexidade e abrangência demandem a atuação especializada;

VII – participar de reuniões e encontros do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCO) representando o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, podendo sugerir ao Procurador-Geral de Justiça a indicação de outros profissionais para o mesmo fim;

VIII – atuar em conjunto com outros órgãos do Ministério Público, ainda que não detentores de atribuição específica criminal, viabilizando ações coordenadas e intercâmbio de informações e dados;

IX – baixar, em seu âmbito interno, as normas necessárias ao bom funcionamento;

X – atuar em Cartas Precatórias e Cartas de Cooperação encaminhadas por GAECOS de outras unidades da Federação;

XI – gerir banco de dados contendo as denúncias oferecidas pela prática do crime de organização criminosa (art. 2º da Lei Federal nº 12.850/13);

XII – desempenhar outras atividades que lhe forem atribuídas pelo Procurador-Geral de Justiça.

O combate ao crime organizado exige racionalidade instrumental e priorização de recursos financeiros e humanos direcionados diretamente para a persecução da macrocriminalidade.

As organizações criminosas ligadas aos tráficos de drogas e armas têm ligações interestaduais e transnacionais e são responsáveis direta ou indiretamente pela grande

maioria dos crimes graves, praticados com violência e grave ameaça à pessoa, como o homicídio, latrocínio, roubos qualificados, entre outros; com ostensivo aumento da violência urbana e insegurança na sociedade.

Esse quadro tornou imprescindível uma clara e expressa opção de combate à macrocriminalidade, pois seu crescimento é atentatório à vida de dezenas de milhares de brasileiros e ao próprio desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

Imprescindível, portanto, integrar os diversos órgãos estatais no combate ao crime organizado e à criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias, inovando nos mecanismos legislativos.

Observe-se que, em situação semelhante de inovação e ousadia no combate à criminalidade organizada e com base nos mesmos artigos 144, §§ 4º e 5º (competência legislativa estadual em matéria de polícia civil e militar), e 128, § 5º (competência legislativa estadual em matéria de organização do Ministério Público), além dos artigos 24, inciso XI (competência concorrente em matéria procedimental), 125, § 1º (competência legislativa estadual para organização judiciária), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou constitucional a legislação do Estado de Alagoas (Lei Estadual 6.806/2007) que criou órgão colegiado especializado de juízes de primeiro grau para o processo e julgamento de delitos praticados por organização criminosa, com exclusão, obviamente, dos delitos contra a vida – cuja competência constitucional é do Tribunal do Júri.

Esta CORTE SUPREMA entendeu possível, a partir dos citados artigos constitucionais, a criação de instrumentos procedimentais efetivos para a realização de planejamento estratégico entre os órgãos da persecução penal, para o combate à criminalidade organizada e à corrupção.

Trata-se de importante adoção, no âmbito das competências legislativas concorrentes, do princípio da subsidiariedade, pelo qual se deve prestigiar a atuação preponderante do ente federativo em sua esfera de competências na proporção de sua maior capacidade para solucionar a matéria de interesse do cidadão que reside em seu território, levando em conta as peculiaridades locais.

O mesmo entendimento já está em prática na União Europeia desde 1992, quando o Conselho Europeu de Birmingham reafirmou que as decisões da União Europeia deveriam ser tomadas o mais próximo possível do cidadão, sempre com a finalidade de prestigiar as comunidades regionais, de maneira que suas propostas legislativas analisem se os objetivos da ação proposta podem ser suficientemente realizados pelos Estados, bem como quais serão seus reflexos e efeitos regionais.

A maior autonomia estadual para legislar em matérias relacionadas à segurança pública possibilitará maior observância das peculiaridades locais, auxiliando, principalmente, no combate ao crime organizado e à corrupção.

Ante o exposto, ACOMPANHO o voto da Ministra Relatora e julgo IMPROCEDENTE a presente Ação Direta, para declarar a constitucionalidade das Resoluções editadas

pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro para a estruturação do GAECO, *Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado*, no âmbito do Ministério Público daquele Estado.

É o voto.

**PLENÁRIO
EXTRATO DE ATA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.170

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803-D/RJ)

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROC.(A/S)

(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
- CONAMP**

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)

ADV.(A/S) : JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO (20522/DF)

Decisão: Após os votos dos Ministros Cármem Lúcia (Relatora) e Alexandre de Moraes, que julgavam improcedente a presente ação direta para reconhecer a constitucionalidade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 e das Resoluções por ela revogadas (Resolução GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016), pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 12.8.2022 a 19.8.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

03/07/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, em face de ato normativo estadual que reestruturou o Grupo de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado - GAECO/RJ.

Alega a autora a inconstitucionalidade formal da Resolução GPGJ 2.403, de 3 de março de 2021, ao fundamento de invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processo penal (art. 22, inciso I, da Constituição da República). Sustenta ainda a necessidade de lei formal para regulamentação da matéria, dada a exigência de autorização legislativa para criação de órgãos administrativos.

Pondera, por fim, que a resolução contraria materialmente os artigos 129 e 144 Constituição Federal, já que *"a redação dada pelo Constituinte originário (...) não deixa dúvidas de que ele, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao Ministério Público para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil – outorgou às polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária"*.

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade do dispositivo impugnado, entendimento posteriormente endossado pela Procuradoria-Geral da República. Após, a autora aditou a petição inicial para impugnar, igualmente, as Resoluções GPGJ 1.570/2010 e GPGJ 2.403/2016, atos normativos revogados pela Resolução GPGJ 2.403/2021.

Iniciado o julgamento no ambiente virtual, a eminente Relatora encaminhou voto no sentido da *improcedência da ação direta*, no que era acompanhada, até aquele momento, pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Dada a complexidade da matéria, pedi vista dos autos para melhor me debruçar sobre os argumentos deduzidos pela autora.

Nesta oportunidade, após exame detido do feito, encaminho-me no sentido de *aderir à conclusão do voto proferido pela eminente Ministra Relatora, reconhecendo a constitucionalidade do ato normativo que reestruturou o GAECO/RJ, com a ressalva de que o tema referente aos limites do poder de investigação do Ministério Público encontra-se pautado para julgamento no Tribunal Pleno nos autos da ADI 2.943, ADI 3.309, ADI 3.318, ADI 3.494, ADI 7.175 e ADI 7.176*.

Essa ressalva é importante para distinguir o tema que é objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, focado na *possibilidade criação de órgãos internos do Ministério Público por meio de resolução do Procurador-Geral de Justiça*, do

debate mais amplo quanto aos *limites dos poderes de investigação criminal atribuídos a membros do Parquet*.

Como visto, tramitam neste Tribunal diversas ações diretas de inconstitucionalidade em que se impugnaram enunciados normativos que disciplinam a instauração de apurações criminais por iniciativa do Ministério Público, fixando prazo para conclusão das investigações, mecanismos de acesso ao conteúdo do caderno investigatório e regras sobre a publicidade do procedimento. Essas demandas permitirão que o Tribunal, no contexto da experiência adquirida deste o julgamento do RE 593.727/MG, reflita não apenas sobre as *salvaguardas institucionais que devem ser observadas nesses procedimentos*, como também sobre os *limites que são inerentes ao poder de investigação do Ministério Público*.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.943, 3.309, 3.318 e 3.494, cujo julgamento se iniciou na sessão virtual de 9.12.2022 a 16.12.2022, encaminhei voto no sentido da necessidade de se *fixar limites tangíveis* para os poderes de investigação do *Parquet*, aptos a interditar abusos, ilegalidades e afrontas ao devido processo legal. Ao divergir do eminente Ministro Edson Fachin, sustentei a necessidade de interpretar os dispositivos impugnados à luz da Constituição Federal, para exigir controle jurisdicional permanente das investigações promovidas pelo Ministério Público, especialmente que diz respeito à exigência de prazo razoável para conclusão do procedimento e à observância dos direitos e garantias que assistem a qualquer pessoa sob investigação do Estado.

O eminente Ministro Edson Fachin pediu destaque dos autos, interrompendo o julgamento do processo no plenário virtual. Não obstante, os eminentes Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski anteciparam seus votos para acompanhar a posição por mim defendida.

Dada premência da discussão, a eminente Ministra Rosa Weber incluiu os processos imediatamente no calendário de julgamento do Tribunal Pleno, a ser realizado em momento oportuno, conforme a disponibilidade da pauta.

Pois bem. No que interessa especificamente para o desenlace da presente ação direta, rememoro que, recentemente, o *Tribunal declarou a constitucionalidade de normas estaduais que criaram o Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado do Estado do Mato Grosso*. Na oportunidade, o eminente Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI 2.838/MT, afastou os argumentos de inconstitucionalidade formal, assentando que *é legítima a criação de órgão interno na estrutura do Parquet*, visando mais eficiência no combate à criminalidade, com criatividade e eficiência, com fundamento nos artigos 24, inciso XI, 144,

§§4º e 5º, e 128, §5º, da Constituição Federal (ADI 2.838/MT, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 13.04.23).

Entendimento similar foi adotado na ADI 4.624/TO, também da relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes. Na oportunidade, o Tribunal Pleno *afastou arguições de inconstitucionalidade formal e chancelou normas estaduais que estruturaram*

o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Estado do Tocantins (ADI 4.624/TO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado na sessão virtual de 31.3.2023 a 12.4.2023).

Como bem destacado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, esse modelo fortalece a cooperação entre Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, consolidando um ambiente adequado para o manejo de modernas técnicas de investigação, *principalmente em relação à inteligência, combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos financeiros*. Nessa medida, ao possibilitar união de esforços entre diferentes instituições para o combate à criminalidade organizada, a implementação GAECO vem ao encontro da autorização contida no art. 3º, inciso VIII, da Lei 12.850/2013, que autoriza a “*cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal*”.

Há, portanto, um certo consenso quanto à possibilidade de edição de atos normativos estaduais para criação de órgãos internos na estrutura administrativa do Ministério Público, coordenados por Promotores de Justiça designados pelo Procurador-Geral de Justiça, a partir de critérios transparentes e impessoais, a título de auxílio consentido ao promotor natural encarregado da identificação, prevenção e repressão de crimes complexos que envolvam criminalidade organizada ou corrupção de agentes públicos.

Cuida-se de tentativa de aprimoramento do modelo adotado, até 2021, no âmbito da *Operação Lava Jato* em Curitiba, recentemente superado a partir de elogiável decisão do eminente Procurador-Geral da República, Augusto Aras.

Conforme reconhecido pelo Tribunal de Contas da União no TC 006.470/2022-0, o modelo baseado na criação de *forças-tarefas* representava prática antieconômica e ilegal, ao permitir a seleção de procuradores, mediante critérios obscuros, para desempenho de funções fora de suas unidades de origem. O voto proferido pelo relator da tomada de contas especial, Ministro Bruno Dantas, baseou-se em levantamento realizado pelo Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, em que se apontam diversas irregularidades na gestão administrativa *Operação Lava Jato*, especialmente o pagamento de diárias e passagens, ao longo de muitos anos, a procuradores designados arbitrariamente pelo coordenador da referida *força-tarefa*.

É por essa perspectiva que deve ser examinada a criação de órgãos como GAECO, arquétipo que representa evidente avanço em relação ao anacrônico modelo das *forças-tarefas*. Ao franquear maior possibilidade de controle das atividades desempenhadas pelo *Parquet*, com a designação de procuradores mediante critérios transparentes, impessoais e objetivos, esta iniciativa deve ser enxergada como um importante freio de arrumação, capaz de consolidar uma cultura organizacional compatível com os princípios da publicidade e moralidade administrativa.

Partindo dessas premissas, entendo que assiste razão à eminente Ministra Relatora ao votar pela improcedência da ação direta, em linha com a orientação

firmada no julgamento das ADI 2.838 e ADI 4.624, ambas de relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Ressalvo apenas a necessidade de aprofundamento da discussão quanto aos limites do poder de investigação do Ministério Público, tema autônomo que, reitero, aguarda deliberação do Tribunal Pleno nos autos da ADI 2.943, ADI 3.309, ADI 3.318, ADI 3.494, ADI 7.175 e ADI 7.176.

Ante o exposto, acompanho a eminente Ministra Relatora, com as ressalvas acima expostas.

03/07/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Da análise dos autos e dos votos apresentados, cheguei à mesma conclusão alcançada pela eminente Relatora, ministra Cármen Lúcia, a quem acompanho, porém com as ressalvas do eminente ministro Gilmar Mendes.

É como voto.

03/07/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 7.170 / RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
- CONAMP**

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO

VOTO-VOGAL

Acompanho a eminente Relatora, não obstante, acompanhando também a ressalva apresentada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, no sentido, em suma, da *“necessidade de aprofundamento da discussão quanto aos limites do poder de investigação do Ministério Público, tema autônomo que, reitero, aguarda deliberação do Tribunal Pleno nos autos da ADI 2.943, ADI 3.309, ADI 3.318, ADI 3.494, ADI 7.175 e ADI 7.176”*.

É como voto, Senhora Presidente.

MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.170

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803-D/RJ)

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
- CONAMP**

ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (12500/DF)

ADV.(A/S): JULIANA MOURA ALVARENGA DILASCIO (20522/DF)

Decisão: Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia (Relatora) e Alexandre de Moraes, que julgavam improcedente a presente ação direta para reconhecer a constitucionalidade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 e das Resoluções por ela revogadas (Resolução GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016), pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 12.8.2022 a 19.8.2022.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, para reconhecer a constitucionalidade da Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ n. 2.403/2021 e das Resoluções por ela revogadas (Resolução GPGJ ns. 1.570/2010 e 2.074/2016), nos termos do voto da Relatora. Os Ministros Gilmar Mendes, Nunes Marques e André Mendonça acompanharam a Relatora com ressalvas. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 2223319 / MATO GROSSO DO SUL
(2022/0317963-3)**

RELATOR: MINISTRO MESSOD AZULAY NETO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: ADRIEL OLIVEIRA MACIEL

ADVOGADOS: MARCOS IVAN SILVA - MS013800

DIOGO PAQUIER DE MORAES - MS023284B

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE DAS PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AUTORIZAÇÃO DO AGRAVADO NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência estabelecida por esta Corte Superior em relação aos crimes permanentes, como é o caso do tráfico de drogas, é de que sua consumação se protraí no tempo. No entanto, isso não é suficiente para justificar uma busca domiciliar sem mandado judicial.

II - Em entendimento recente desta Corte Superior entendeu-se que, *“o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à*

inviolabilidade do domicílio” (AgRg no REsp n. 2.041.858/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/2/2023).

III - Consoante a jurisprudência desta Corte Superior *“Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito”* (AgRg no REsp n. 2.048.637/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 6/3/2023).

IV - No caso, as circunstâncias que ensejaram o ingresso policial na residência do agravado, decorreram de suspeitas de que na casa do réu funcionava ponto de tráfico de drogas, bem como de sua confissão. Ocorre que, a confissão do réu, por si só, não autoriza a entrada dos policiais no domicílio, sendo necessário que a permissão conferida de forma livre e voluntária pelo morador seja registrada pela autoridade policial por escrito, o que não ocorreu na hipótese, razão pela qual foi reconhecida a nulidade da diligência e das provas dela decorrentes, com a consequente absolvição do recorrido.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de maio de 2023.

MINISTRO MESSOD AZULAY NETO

Relator

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2223319 - MS (2022/0317963-3)

RELATOR: MINISTRO MESSOD AZULAY NETO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO: ADRIEL OLIVEIRA MACIEL

ADVOGADOS: MARCOS IVAN SILVA - MS013800

DIOGO PAQUIER DE MORAES - MS023284B

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE DAS PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AUTORIZAÇÃO DO AGRAVADO NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência estabelecida por esta Corte Superior em relação aos crimes permanentes, como é o caso do tráfico de drogas, é de que sua consumação se protraí no tempo. No entanto, isso não é suficiente para justificar uma busca domiciliar sem mandado judicial.

II - Em entendimento recente desta Corte Superior entendeu-se que, *“o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio”* (AgRg no REsp n. 2.041.858/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/2/2023).

III - Consoante a jurisprudência desta Corte Superior *“Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito”* (AgRg no REsp n. 2.048.637/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 6/3/2023).

IV - No caso, as circunstâncias que ensejaram o ingresso policial na residência do agravado, decorreram de suspeitas de que na casa do réu funcionava ponto de tráfico de drogas, bem como de sua confissão. Ocorre que, a confissão do réu, por si só, não autoriza a entrada dos policiais no domicílio, sendo necessário que a permissão conferida de forma livre e voluntária pelo morador seja registrada pela autoridade policial por escrito, o que não ocorreu na hipótese, razão pela qual foi reconhecida a nulidade da diligência e das provas dela decorrentes, com a consequente absolvição do recorrido.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL contra decisão de fls. 620-626, por meio da qual o agravo foi conhecido para dar provimento ao recurso especial.

Consta dos autos que em primeiro grau o agravado foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, mais o pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa (fls. 321-325), o que foi mantido pelo eg. Tribunal *a quo*.

Na decisão agravada, de minha relatoria, conheci do agravo para dar provimento ao recurso especial, tendo em vista a inexistência de mandado judicial ou consentimento expresso do morador permitindo a entrada dos policiais no domicílio do réu. O reconhecimento da nulidade das provas obtidas a partir da invasão de domicílio são nulas e, portanto, ilícitas para embasar a condenação do réu.

Neste agravo regimental, o *Parquet* estadual alega que seria caso de restabelecer a condenação do agravado, pois a entrada da equipe policial no domicílio do réu, a despeito da inexistência de autorização judicial, foi realizada apenas após ter sido constatada situação de flagrante delito. Afirma que *“Os declarantes, em juízo, além de oferecerem versões uníssonas sobre o contexto em que os fatos se deram, confirmaram que não pediram autorização para entrar na residência, mas certificaram que somente o fizeram após o réu confirmar que mantinha drogas em depósito, sem mencionar que se destinavam a consumo próprio”* (fl. 637-638), além de que *“à vista da dura realidade experimentada por policiais no exercício diário de suas funções, esses, na maioria das vezes, não dispõem do tempo necessário à realização de prévia investigação para deliberar acerca do ingresso ou não no endereço visado, tampouco daquele exigido para se aguardar um mandado judicial, que vez por outra demoram horas ou até mesmo dias para serem expedidos”* (fl. 639).

Por fim, aduz que *“Presente flagrante delito, dispensa-se digressões quanto à existência ou não do consentimento do ofendido, por se tratar de hipótese autônoma de exceção à inviolabilidade domiciliar, prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal”* (fl. 640).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do recurso ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem os argumentos apresentados pela parte agravante, o presente recurso não comporta provimento.

O *Parquet* Estadual pugna pela reforma do decismum, ao argumento de que seria caso de restabelecer a condenação do agravado pelo crime de tráfico de drogas, pois entende que não há qualquer nulidade nas provas apresentadas. Para tanto, alegou que o crime de tráfico de drogas por ser considerado permanente, permite a entrada dos policiais em domicílio nos casos de flagrante delito, mesmo sem mandado judicial ou prévia investigação. Salientou que houve a confissão do réu, bem como a autorização para a entrada dos policiais em sua residência.

Pois bem.

O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas nesta via recursal, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 620-626. Ao contrário, os argumentos ali externados merecem ser ratificados por este eg. Colegiado Julgador.

Conforme se verifica dos autos, no decismum monocrático, conheci do agravo para dar provimento ao recurso especial da Defesa, porquanto considerei que, da análise dos fundamentos que dão suporte ao v. acórdão objurgado, o eg. Tribunal a quo condenou o agravado consignando realidade apta a demonstrar a nulidade das provas que fundamentaram a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Trago, a propósito, excerto da r. decisão ora combatida, verbis (fls. 620-626): *“In casu, consta dos autos que os policiais civis realizaram a diligência, pois suspeitavam que na casa do recorrente funcionava um ponto de venda de drogas. Ao chegarem ao local, encontraram o réu na frente de sua casa e, após alguns questionamentos, ele confessou que havia drogas dentro do imóvel. Ato seguinte os agentes, ingressaram na residência e apreenderam dentro de uma caixa térmica, 7 porções de skunk, além de R\$ 400,00 em moeda corrente, duas balanças de precisão, um aparelho celular e um veículo Fiat/Palio.”*

Como dito, esta eg. Corte de Justiça, seguindo o entendimento do col. Pretório Excelso, vem decidindo no sentido de que o ingresso em domicílio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões, dando conta de contexto fático anterior, com lastro em circunstâncias objetivas, que indiquem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão.

Como destacado na decisão agravada, a respeito da confissão informal do acusado entende-se, nesta Corte Superior, que a confissão de autoria do tráfico de drogas, supostamente colhidas por policiais durante a abordagem do réu, se desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. A despeito de nos crimes permanentes o estado de flagrância se protrair no tempo, tal circunstância não é suficiente, por

si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos e seguros de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se uma situação de flagrância.

Nesse sentido: *“A confissão informal de prática de delito, feita durante abordagem policial na qual nada de ilícito foi encontrado em poder do investigado, em situação claramente desfavorável, não delinea contexto fático que justifique a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial”* (AgRg no HC n. 693.574/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/12/2021).

Em reforço: HC n. 682.934/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 08/10/2021; AgRg no HC n. 681.198/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/10/2021.

Conforme consignado na decisão recorrida, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior *“Soa inverossímil a versão policial, ao narrar que o corréu, após ser abordado, haveria confessado ter mais drogas escondidas em casa e levado os policiais voluntariamente até lá. Pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos (quantidade de policiais, armados etc.), não se mostra verossímil a justificativa policial para o ingresso em domicílio”* (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.973.713/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/6/2022, grifei). Na mesma linha: AgRg no HC n. 693.574/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/12/2021.

Por outro lado, reitero, segundo o mais recente entendimento desta Corte Superior, a comprovação da higidez da autorização de ingresso domiciliar, conferida de forma livre e voluntária pelo morador, é ônus da acusação e deve ser registrada em vídeo e áudio e, sempre que possível, por escrito. *A ausência dessa formalidade torna a prática ilegal, bem como todas as provas derivadas dela.*

“Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito” (AgRg no REsp n. 2.048.637/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 6/3/2023).

No mesmo sentido: HC n. 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 15/3/2021; HC n. 616.584/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 6/4/2021; HC n. 625.504/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/3/2021 e AgRg no HC n. 628.105/MG, Quinta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 13/5/2021.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do douto representante do *Parquet* Federal, *in verbis*:

“Com razão, assim, o agravante, porquanto não se encontra revestida de legalidade a atuação policial que adentra a residência do agente sem autorização judicial e sem o

competente mandado, ausentes também fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, uma vez que inexistente contexto fático anterior à invasão a permitir validamente a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, assim como ausente investigação prévia a fundamentar a suspeita de que o averiguado guardava drogas naquele local” (fl. 616).

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: *“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”* (RE n. 603.616/RO, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8/10/2010, destaquei).

Conforme consignado na decisão ora agravada, apesar de a flagrância dos crimes permanentes se prolongar no tempo, essa circunstância não justifica uma busca domiciliar desprovida de mandado judicial. A confissão do réu, por si só, não autoriza a entrada dos policiais no domicílio, sendo necessário que a permissão observe as devidas formalidades para evitar a nulidade da diligência e das provas dela decorrentes.

Portanto, as provas obtidas a partir da invasão do domicílio são nulas e, consequentemente, ilícitas para embasar a condenação do agravado.

Assim, no presente agravo regimental, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no AREsp 2.223.319 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0317963-3

Números Origem:

00066987420218120002 0006698742021812000250002

000669874202181200025000200066987420218120002

0006698742021812000250003 08108997620218120002 66987420218120002

6698742021812000250002 669874202181200025000200066987420218120002

6698742021812000250003 8108997620218120002

EM MESA JULGADO: 09/05/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ADRIEL OLIVEIRA MACIEL

ADVOGADOS : MARCOS IVAN SILVA - MS013800

DIOGO PAQUIER DE MORAES - MS023284B

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVADO : ADRIEL OLIVEIRA MACIEL

ADVOGADOS : MARCOS IVAN SILVA - MS013800

DIOGO PAQUIER DE MORAES - MS023284B

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, negou provimento ao agravo regimental.”

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator

HABEAS CORPUS Nº 769197 / RIO DE JANEIRO (2022/0282401-6)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: P B R A (INTERNADO)

ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ082409

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NOVO ENTENDIMENTO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, no passado, era firme em assinalar, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não haver nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional, haja vista a previsão de rito especial na legislação de regência.
2. No julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 9/3/2023, houve alteração da jurisprudência. Reconheceu-se a aplicação do entendimento firmado no HC n. 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto.
3. Na audiência de apresentação do adolescente, é possível que ao adolescente em conflito com a lei se imponham medidas socioeducativas, o que lhe traz considerável ônus e notória restrição à sua liberdade.
4. O interrogatório de um adolescente, em processo por ato infracional, há de ser visto também como meio de defesa, e, portanto, para ser efetivo, precisa ser realizado como ato final

da instrução, a fim de que a pessoa processada tenha condições de melhor apresentar sua defesa e influenciar a futura decisão judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como mero objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

5. O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. O art. 110, do mesmo estatuto, dispõe: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

6. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o interrogatório deve ser realizado nos moldes do art. 400 do CPP, como último ato instrutório.

7. Esse é o entendimento que melhor se coaduna com um devido processo justo. Todavia, faz-se necessária a modulação da alteração jurisprudencial, a fim de que a inovação no ordenamento jurídico não comprometa a segurança jurídica e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990. Deve-se limitar os efeitos retrospectivos do julgado a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, sinalizou que o art. 400 do CPP era aplicável aos ritos previstos em leis especiais.

8. Assim, propõe-se o aperfeiçoamento da recente jurisprudência desta Corte, para fixação das seguintes orientações: a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença; b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, *de per se*, lastrear a procedência da representação; c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400

do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor; d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno e e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

9. O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de oitiva do representado. Se o defensor não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

10. No caso concreto, a nulidade não foi indicada na audiência de apresentação, instrução e julgamento. Todavia, o próprio Juiz adotou o rito do art. 400 do CPP e deveria, portanto, ouvir o adolescente ao final da assentada. A inversão da ordem de interrogatório foi indicada pelo defensor, em apelação. Assim, a tese não foi alcançada pela preclusão e o prejuízo à autodefesa está caracterizado.

11. *Habeas corpus* concedido, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, dando-se, ainda, ciência do julgamento ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, fixou orientações para a interpretação do direito federal infraconstitucional e conceder a ordem em *habeas corpus*, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 14 de junho de 2023.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

HABEAS CORPUS Nº 769197 - RJ (2022/0282401-6)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: P B R A (INTERNADO)

ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ082409

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NOVO ENTENDIMENTO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, no passado, era firme em assinalar, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não haver nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional, haja vista a previsão de rito especial na legislação de regência.

2. No julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 9/3/2023, houve alteração da jurisprudência. Reconheceu-se a aplicação do entendimento firmado no HC n. 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto.

3. Na audiência de apresentação do adolescente, é possível que ao adolescente em conflito com a lei se imponham medidas socioeducativas, o que lhe traz considerável ônus e notória restrição à sua liberdade.

4. O interrogatório de um adolescente, em processo por ato infracional, há de ser visto também como meio de defesa, e, portanto, para ser efetivo, precisa ser realizado como ato final da instrução, a fim de que a pessoa processada tenha condições de melhor apresentar sua defesa e influenciar a futura decisão judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e

as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como mero objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

5. O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. O art. 110, do mesmo estatuto, dispõe: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

6. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o interrogatório deve ser realizado nos moldes do art. 400 do CPP, como último ato instrutório.

7. Esse é o entendimento que melhor se coaduna com um devido processo justo. Todavia, faz-se necessária a modulação da alteração jurisprudencial, a fim de que a inovação no ordenamento jurídico não comprometa a segurança jurídica e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990. Deve-se limitar os efeitos retrospectivos do julgado a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, sinalizou que o art. 400 do CPP era aplicável aos ritos previstos em leis especiais.

8. Assim, propõe-se o aperfeiçoamento da recente jurisprudência desta Corte, para fixação das seguintes orientações: a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença; b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, *de per se*, lastrear a procedência da representação; c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo

probatório produzido em seu desfavor; d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno e e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

9. O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de oitiva do representado. Se o defensor não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

10. No caso concreto, a nulidade não foi indicada na audiência de apresentação, instrução e julgamento. Todavia, o próprio Juiz adotou o rito do art. 400 do CPP e deveria, portanto, ouvir o adolescente ao final da assentada. A inversão da ordem de interrogatório foi indicada pelo defensor, em apelação. Assim, a tese não foi alcançada pela preclusão e o prejuízo à autodefesa está caracterizado.

11. *Habeas corpus* concedido, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, dando-se, ainda, ciência do julgamento ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.

RELATÓRIO

P. B. R. A. alega sofrer coação ilegal em face de acórdão prolatado *pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*.

Ao adolescente foi atribuída a prática de atos infracionais análogos aos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, e 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/2003. O Juiz de primeiro grau julgou procedente a representação e aplicou ao jovem a medida socioeducativa de semiliberdade.

A Defensoria Pública (fls. 3-35) aponta a *nulidade da sentença*, porque, em audiência una, orientada pelo rito do art. 400 do CPP, foi negado o pedido de interrogatório do socioeducando ao final do ato, o que caracteriza tratamento mais gravoso ao infante do que o conferido aos adultos. A impetrante assevera o seguinte (fls. 9-10):

Para que o interrogatório – enquanto ato de produção de provas e meio de defesa pessoal – se compatibilize com o princípio da ampla defesa, faz-se necessário que o mesmo seja realizado ao final da instrução.

[...]

A oitiva do adolescente no início do processo, conforme previsto no art. 186 do ECA, não se configura como interrogatório, caracterizando-se similarmente como as audiências de custódia, quando os acusados, embora ouvidos, não são interrogados.

A não observância da norma contida no art. 400 do CPP acarreta evidente prejuízo à defesa do infante, em face dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório [...], e até mesmo do devido processo legal, sob o aspecto formal, mas principalmente substancial [...], pois a realização de sua oitiva no início do processo, e não no final da instrução, subtrai-lhe a possibilidade de se manifestar, pessoalmente, sobre a prova coligida em seu desfavor [...]

A defesa registra que o Supremo Tribunal Federal firmou essa mesma orientação em recentes julgados, por meio de decisões monocráticas proferidas nos *HCs n. 212.693/PR e 215.009/PR*.

Alternativamente, a postulante *requer a modificação da medida socioeducativa*, por considerar que uma única passagem anterior do adolescente por prática infracional é insuficiente a justificar a semiliberdade, desproporcional ao caso concreto, principalmente quando o jovem confessou o ato, praticado em contexto de exploração do trabalho infantil, porque atuou como “vapor no ponto de venda de tráfico de drogas” (fl. 31) gerido pela “facção Comando Vermelho” (fl. 31).

O Ministério Público Federal opinou pela *denegação* da ordem.

VOTO

I. JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A representação e seu rito são previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para apurar a prática de atos infracionais cometidos por menores de 18 anos. Se aceita a ação, o Juiz designará audiência de apresentação do adolescente, na qual este será ouvido e informado sobre os seus direitos e deveres. Na sequência, não concedida a remissão, ocorrerá a instrução do processo (oitiva de testemunhas, juntadas de provas e debates finais das partes) e o julgamento do menor. Ao final, o Juiz irá proferir a sentença, que pode ser de absolvição ou aplicação de medida socioeducativa.

A respeito da controvérsia, cito, a seguir, alguns julgados que retratam a compreensão *até então* firmada por esta Corte:

[...] II - Com efeito, “a jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional ou na ausência de repetição da oitiva ao final da instrução processual, pois aquela norma especial prevalece sobre a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal” (AgRg no REsp n. 1.977.454/PR, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 25/4/2022, grifei).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 749.149/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato

(Desembargador Convocado do TJDF), 5ª T., DJe de 2/12/2022).

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas (HC n. 434.903/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 6/6/2018). (AgRg no HC n. 689.702/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022).

2. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no HC n. 748.754/SC*, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 22/8/2022).

[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional ou na ausência de repetição da oitiva ao final da instrução processual, pois aquela norma especial prevalece sobre a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal.

2. Ainda que se considerasse aplicável ao procedimento de apuração dos atos infracionais a *ratio decidendi* adotada no julgamento do HC n. 127.900/AM pelo Supremo Tribunal Federal, é certo que a alegação de nulidade por ausência de oitiva do adolescente ao final da instrução processual estaria preclusa no caso concreto, pois a Defesa não se insurgiu contra a ausência desta nova oitiva na audiência de instrução, conforme preceitua o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente ao procedimento de apuração de ato infracional por força do art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Do mesmo modo, a Defesa não demonstrou, sequer minimamente, eventual prejuízo concreto ao Recorrente, não delineando de que modo uma nova oitiva do adolescente ao final da instrução teria provocado alteração substancial no quadro fático-processual. Desse modo, não se pode reconhecer a pretendida nulidade, ante a ausência de demonstração de prejuízo concreto e efetivo.

4. Agravo regimental desprovido.

(*AgRg no REsp n. 1.977.454/PR*, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 25/4/2022).

[...]

1. “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas” (HC 434.903/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 6/6/2018).

2. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

3. Subsistentes os fundamentos do decisum, nega-se provimento do agravo regimental.

(*AgRg no AREsp n. 1.689.954/GO*, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe de 10/8/2020).

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas. Precedentes.

2. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do CPP, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

3. *Habeas corpus* denegado.

(*HC n. 434.903/MG*, relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe de 6/6/2018).

No passado, a interpretação federal dominante *era a de que*, como o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um rito especial para o julgamento da representação, com a previsão de audiência inicial de *apresentação*, a falta de interrogatório, ao final da instrução, não consubstanciava nulidade absoluta do processo.

Confira-se o que dispõe a Lei n. 8.069/1990:

Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

§ 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

§ 2º Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente.

§ 3º Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

§ 4º Estando o adolescente internado, será requisitada a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável. [...]

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

§ 1º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

§ 3º O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

Art. 187. Se o adolescente, devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente à audiência de apresentação, a autoridade judiciária designará nova data, determinando sua condução coercitiva.

Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

Recentemente, *houve uma mudança de entendimento em relação ao assunto*. A Sexta Turma, em novo debate, assim decidiu o tema controvertido:

[...]

1. O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões monocráticas, tem aplicado a orientação firmada no HC n. 127.900/AM ao procedimento de apuração de ato infracional, sob o fundamento de que o art. 400 do Código de Processo Penal possibilita ao representado exercer de modo mais eficaz a sua defesa e, por essa razão, em uma aplicação sistemática do direito, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 184 da Lei n. 8.069/1990.

2. Nessa conjuntura, propõe-se a revisão do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça para adequá-lo à jurisprudência atual da Suprema Corte, no sentido de que a oitiva do representado deve ser o último ato da instrução no procedimento de apuração de ato infracional. Assim, o adolescente irá prestar suas declarações após ter contato com todo o acervo probatório produzido, tendo maiores elementos para exercer sua autodefesa ou, se for caso, valer-se do direito ao silêncio, sob pena de evidente prejuízo à concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Tal conclusão se justifica também porque o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do aquele conferido ao adulto, de acordo com o art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e o item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

4. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que fixou a oitiva do adolescente ao final da instrução.

(AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 9/3/2023).

II. PROCEDIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL

Ao observar a regra do art. 184 do CPP, não poderíamos afirmar que o Juiz descumpriu formalidade legal, um dos requisitos para a declaração de nulidade absoluta ou relativa. Entretanto, a leitura constitucional de dispositivos que orientam o procedimento de apuração do ato infracional deve pautar a nova interpretação da lei.

É importante ressaltar que o art. 184 do CPP - que trata de iniciativa semelhante à apresentação do preso em audiência de custódia (e não de interrogatório como meio de prova) - não pode ser afastado. *Primeiro, porque o dispositivo não foi declarado inconstitucional em controle concentrado, com eficácia erga omnes. Segundo, porquanto o preceito traz providência que se caracteriza como uma diversion, instituto traduzido*

para *remissão* no nosso ordenamento, recomendado nas Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) com o propósito de evitar, quando possível, um processo nocivo e estigmatizante ao menor.

O sucesso da intervenção estatal depende desse primeiro contato do Juiz com o adolescente, pois a substituição do processo normal, com a adoção de alternativas construtivas ao representado, pode ser a melhor solução ao caso concreto.

A *remissão* concedida pelo Juiz, após o *oferecimento da representação*, importará na suspensão ou na extinção do processo, razão pela qual deve ser prestigiada e mantida a audiência de *apresentação* do adolescente, nos termos do art. 184 do ECA, que não dispõe sobre produção probatória. Eventual assunção de culpa, durante o ato, é similar ao conteúdo de confissão extrajudicial perante autoridade policial ou ministerial, *sem aptidão para, per se, subsidiar a procedência da ação*.

Dito isso, e diante da ausência de previsão de interrogatório na Lei n. 8.069/1990, a aplicação supletiva do art. 400 do CPP melhor atende ao contraditório e à ampla defesa, de modo que as alegações da Defensoria suscitam a necessidade de análise do direito afirmado segundo o art. 5º, LV, da CF, à luz do devido processo legal substancial, garantia assegurada à pessoa humana em qualquer âmbito judicial.

Além disso, é de ser vedado ao adolescente o tratamento mais gravoso do que o conferido aos adultos. Afinal, o processo ajuizado em seu desfavor também pode culminar na imposição de medidas coercitivas, inclusive restritivas de liberdade.

Durante o trâmite da representação, a defesa técnica é garantia obrigatória. Resta prestigiar, para que um processo justo se concretize, a *autodefesa*; é dizer, a oportunidade ao adolescente, de se expressar e tentar convencer o juiz a respeito dos fatos.

O interrogatório é, hoje, reconhecida modalidade de *autodefesa*. Por isso, para ser efetivo, deve ser realizado depois da instrução e da realização das provas, para que o processado tenha condições de refutar o material produzido e influenciar a convicção judicial. A problemática precisa ser analisada conforme o escopo da Lei n. 8.069/1990, de preservar os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes, sujeitos (e não meros objetos) de direito (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

III. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os princípios fundamentais dos direitos são a base para a interpretação e a aplicação das leis; têm sido objeto de debates constantes, influenciados por mudanças na sociedade.

O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura a toda criança e adolescente “os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. Pode-se, portanto, ampliar a proteção integral dos sujeitos de direito. O art. 110 do mesmo estatuto dispõe que: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

O princípio remonta a período distante e reapareceu, em 1215, na Carta de João Sem Terra. Na interpretação das leis, avança-se, cada vez mais, para o implemento de um devido processo legal *substantial*, e não apenas o *procedural due process* (no que diz respeito ao aspecto formal ou procedimental).

A Constituição Federal nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de, *pessoalmente* e perante a autoridade judicial competente, o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o meio de prova deve ser realizado ao final da instrução.

Na seara minorista não pode ser diferente. Conforme lição exposta no artigo “A Garantia da Defesa Efetiva na Apuração de Ato Infracional”, de Nereu José Giacomolli, Pós-Doutor pela *Università degli Studi di Torino*, e de Nathalia Beduhn Schneider, Mestranda em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS:

No momento processual da autodefesa do adolescente, impera destacar ponto-chave no processo penal juvenil, o qual merece especial atenção no que tange à ampla defesa – o direito à última palavra. Esse direito se insere na garantia da ampla defesa, na perspectiva de alegar, declarar, manifestar, complementar, rebater e contraditar as declarações efetuadas desde o polo ativo imputacional. Aplica-se tanto à defesa pessoal quanto à defesa técnica. Assim, o interrogatório do acusado há de ser realizado depois da colheita da prova, em todos os procedimentos criminais, inclusive na fase preliminar investigatória, sob pena de o interrogatório ser mantido na categoria exclusiva de meio de prova e o imputado ser considerado objeto de prova e não sujeito do procedimento. Contudo, indo de encontro a essa premissa, na justiça juvenil o adolescente é ouvido em juízo somente no início do processo, na audiência de apresentação, não havendo outra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente para que seja ouvido ao final da instrução probatória. A previsão estatutária do interrogatório relaciona-se diretamente ao direito que possui o adolescente de ser ouvido, expressar-se livremente e ter sua opinião levada em consideração, conforme estabelecido no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança [...]

(in: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 77-88).

Além disso, impõe assinalar que, desde as alterações no Código de Processo Penal, em 2008, estabeleceu-se a regra geral de realização do interrogatório como derradeira providência da instrução criminal, tanto no rito comum (art. 400 do CPP) quanto no sumário e sumaríssimo (art. 531 do CPP e 81 da Lei n. 9.099/1995).

Também no procedimento de apuração de atos infracionais deve ser consagrada essa diretriz, que melhor se coaduna com um devido processo justo, a fim de oportunizar ao adolescente o direito de ser ouvido pelo Juiz no último ato de instrução, independentemente de previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois essa interpretação é permitida, inclusive, pelos arts. 110 e 111 do ECA.

Inspira e torna realizável a alteração da jurisprudência a razoabilidade que deve prevalecer na interpretação dos princípios do direito de nosso tempo.

Destaque-se que, por meio do Decreto n. 768, de 6/11/1992, promulgou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22/11/1969, a qual consagra o seguinte:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

As Regras de Beijing – acordo internacional, firmado entre as nações que integram a ONU como Países Membros, do qual o Brasil faz parte –, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 40/33, de 29/11/1985, estabelecem que (destaquei):

7.1. As garantias fundamentais do processo, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutor, o direito de interrogar e confrontar as testemunhas e o direito ao recurso serão asseguradas em todas as fases do processo.

[...]

14.2. O processo favorecerá os interesses do menor e será conduzido numa atmosfera de compreensão, que permita ao jovem participar e expressar-se livremente.

O procedimento da representação deve conformar-se, simetricamente, com os direitos mínimos assegurados a qualquer acusado. Dispositivos que contribuam para um julgamento justo e equitativo, e que consagram os meios comuns de defesa, devem ser aplicados supletivamente pelo juiz para preenchimento da lacuna existente na Lei n. 8.069/1990.

Assim, *com o permissivo do art. 3º do ECA*, o art. 400 do Código de Processo Penal deve incidir na seara infracional para a máxima efetividade das dimensões elementares do devido processo legal.

Nesse sentido, foram exaradas as seguintes decisões monocráticas no âmbito do Supremo Tribunal Federal: *HC n. 212.693/PR*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 7/4/2022; *HC n. 215.009/PR*, Rel. Ministro Nunes Marques, DJe 26/8/2022, e *RHC n. 220.941/SC*, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 17/11/2022.

IV. MODULAÇÃO

Faz-se necessária a modulação do entendimento que *inova o ordenamento jurídico*. Para que a significativa alteração não comprometa a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF) e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da atual Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990, é preciso limitar seus efeitos retrospectivos para proteção da confiança e da estabilidade das decisões judiciais.

Até mesmo em relação aos precedentes obrigatórios, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados, é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013).

Como marco de aplicação da nova jurisprudência, é possível adotar o dia do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a respeito da ordem do interrogatório, quando houve orientação para aplicação supletiva, aos procedimentos regidos por lei especial, da previsão do art. 400 do Código de Processo Penal (CPP). Confira-se:

[...] a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a *todos os procedimentos penais regidos por legislação especial* incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

[...]

(HC n. 127900, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 3/3/2016, DJ 3/8/2016).

A partir desse julgamento, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal sinalizou aos integrantes do Poder Judiciário e aos demais operadores do direito a importância do interrogatório como último ato da instrução, não obstante as previsões legais especiais.

Mostra-se razoável que a nova interpretação sobre o rito de apuração do ato infracional seja aplicado a processos com instrução encerrada após 3/3/2016, quando apontada pela defesa, em tempo oportuno, a nulidade por inversão da ordem de interrogatório. Se houver provocação da parte, o prejuízo é intuitivo e deve ser reconhecido pelo julgador, pois decorre de mero raciocínio lógico.

O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de autodefesa ao final da instrução. Se o defensor não pediu nem identificou o prejuízo e não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

Deveras:

[...] A Terceira Seção dessa Corte Superior, no julgamento da Revisão Criminal n. 5.563/DF, em 12/5/2021, firmou entendimento de que “a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal” (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

2. No caso, a defesa não impugnou a nulidade de inversão do interrogatório na audiência de instrução em que ocorrido o alegado vício, circunstância que importa na ocorrência de preclusão, fundamento sequer infirmado nesta oportunidade; tampouco logrou demonstrar o prejuízo concreto sofrido pelo agravante, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada.

[...]

(AgRg no AgRg no HC n. 560.769/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 16/3/2023.)

Assim, propõe-se a fixação das seguintes orientações para o julgamento do caso concreto, as quais poderão, doravante, orientar a interpretação do direito federal infraconstitucional:

a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença;

b) não há previsão legal para a realização de atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão, nessa oportunidade, não poderá, per se, lastrear a procedência da representação;

c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor;

d) o novo entendimento é adequado aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, adotando-se como parâmetro o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno;

e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é perceptível por mero raciocínio lógico.

V. CASO CONCRETO

No caso concreto, a Defensoria Pública pediu: a) a nulidade do processo por falta de interrogatório do adolescente ao final da instrução e b) a alteração da medida socioeducativa a ele aplicada.

Na ata da audiência de apresentação e de continuação, o defensor *não* pediu a oitiva do adolescente, *nem se insurgiu contra a ordem do interrogatório*. Confira-se (fl. 65):

Pela ordem, o Dr. Defensor Público pediu a palavra, para assim se manifestar: tendo em conta que V. Exª aplica o artigo 400 do CPP para realização de audiência una, requer que seja exposto às testemunhas apenas o fato para o qual vão depor, não descrevendo a dinâmica do evento.

Na defesa prévia ou em alegações finais, a Defensoria Pública ficou-se silente, *in verbis*: “pela Defesa foi dito: a prova produzida não leva à certeza da estabilidade e permanência no que toca ao crime de associação. Restando apenas a imputação análoga ao delito de tráfico de drogas. Assim, considerando-se ter sido a primeira

passagem do adolescente pelo sistema, cabível MSE compatível com a que caberia se adulto fosse, aplicando-se o 33, § 4º da Lei de Drogas” (fl. 67).

Todavia, há uma peculiaridade a ser destacada. No caso, *foi o próprio Magistrado quem decidiu aplicar o rito do art. 400 do CPP* para realização de audiência una. Assim, uma vez adotada essa sistemática, era de rigor a observância do dispositivo também no que se refere à ordem de interrogatório, mesmo sem pedido da defesa. Proferida a sentença, no recurso de apelação, houve, na primeira oportunidade, o requerimento de “declaração da invalidade do feito, [...] em razão de o interrogatório ter sido o primeiro ato da instrução” (fl. 116).

Nesse contexto, *a tese não estava preclusa*. O prejuízo suportado pelo adolescente é identificável por meio de mero raciocínio lógico, pois, uma vez aplicado o rito do art. 400 do CPP, o interrogatório deixou de ser realizado como último ato da instrução, o que violou as garantias básicas do processado.

VI. DISPOSITIVO

À vista do exposto, e com a observação das *orientações descritas no item IV, concedo o habeas corpus a fim de declarar a nulidade do processo desde a sentença e determinar ao Juiz que designe nova audiência para a realização de interrogatório do adolescente, conforme a ordem estabelecida no art. 400 do CPP. Dê-se, ainda, ciência ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2022/0282401-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 769.197 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00076788920228190002 76788920228190002 917000412022

EM MESA

JULGADO: 14/06/2023

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS
Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE
Secretário
Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE: P B R A (INTERNADO)
ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO
-RJ082409
INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ato Infracional - Previstos
na Legislação Extravagante - De Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico
de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello (Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pela parte Paciente: P B R A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, fixou orientações para a interpretação do direito federal infraconstitucional e concedeu a ordem em *habeas corpus*, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO
ESPECIAL Nº 532.596 / RIO DE JANEIRO
(2014/0143033-0)**

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AGRAVADO:
TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA**

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) - DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO

**PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S) INTERES.:
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO EXPLORADO MEDIANTE PERMISSÃO PRECÁRIA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. ART. 42, § 2º, DA LEI N. 8.987/1995. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE COM O QUE FOI DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RE 1.001.104 (TEMA 854). ART. 1.030, II, DO CPC. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NEGADO.

1. Trata-se de processo devolvido pela Vice-Presidência do STJ para análise de hipótese de retratação, conforme previsão do art. 1.030, II, do CPC/2015, ao agravo do Ministério Público do Rio de Janeiro.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.001.104 (Tema n. 854), sedimentou o entendimento de que: “Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação”.

3. A Primeira Turma deu provimento ao agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com arrimo na jurisprudência sedimentada e reiterada desta Corte, consignando que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995 apenas tem aplicação na hipótese de concessão (regularmente precedida de

procedimento licitatório) e, por isso mesmo, não pode servir como supedâneo ao pagamento de indenização nos casos em que a exploração do serviço de transporte público coletivo foi delegada por permissão precária.

4. A questão decidida neste feito gravita em torno da interpretação do artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, a qual assenta que não há direito à indenização em favor de empresa que explora a prestação do serviço de transporte público coletivo mediante permissão precária. Já o tema decidido pelo STF, no julgamento do RE 1.001.104, acena para necessidade de prévia licitação para a implementação do serviço de transporte público coletivo, com exceção da ocorrência de situações excepcionais, as quais devem ser devidamente comprovadas. Logo, ressoa evidente haver enorme diferença entre os temas em foco, razão pela qual não se pode exercer o juízo de retratação a que alude o inciso II do artigo 1.030 do CPC/2015.

5. Em juízo negativo de retratação, confirma-se o acórdão que deu provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça retificando decisão proferida na sessão do dia 15/12/2022, por unanimidade, confirmar o acórdão que dar provimento ao agravo regimental do MPRJ, em juízo negativo de retratação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2023 (Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532596 - RJ (2014/0143033-0)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AGRAVADO: TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) - DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S) INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO EXPLORADO MEDIANTE PERMISSÃO PRECÁRIA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. ART. 42, § 2º, DA LEI N. 8.987/1995. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE COM O QUE FOI DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RE 1.001.104 (TEMA 854). ART. 1.030, II, DO CPC. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NEGADO.

1. Trata-se de processo devolvido pela Vice-Presidência do STJ para análise de hipótese de retratação, conforme previsão do art. 1.030, II, do CPC/2015, ao agravo do Ministério Público do Rio de Janeiro.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.001.104 (Tema n. 854), sedimentou o entendimento de que: “Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação”.

3. A Primeira Turma deu provimento ao agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com arrimo na jurisprudência sedimentada e reiterada desta Corte, consignando que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995 apenas tem aplicação na hipótese de concessão (regularmente precedida de procedimento licitatório) e, por isso mesmo, não pode servir como supedâneo ao pagamento de indenização nos casos em que a exploração do serviço de transporte público coletivo foi delegada por permissão precária.

4. A questão decidida neste feito gravita em torno da interpretação do artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, a qual assenta que não há direito à indenização em favor de empresa que explora a

prestação do serviço de transporte público coletivo mediante permissão precária. Já o tema decidido pelo STF, no julgamento do RE 1.001.104, acena para necessidade de prévia licitação para a implementação do serviço de transporte público coletivo, com exceção da ocorrência de situações excepcionais, as quais devem ser devidamente comprovadas. Logo, ressoa evidente haver enorme diferença entre os temas em foco, razão pela qual não se pode exercer o juízo de retratação a que alude o inciso II do artigo 1.030 do CPC/2015.

5. Em juízo negativo de retratação, confirma-se o acórdão que deu provimento ao agravo regimental.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A Vice-Presidência desta Corte determinou a devolução dos autos à Primeira Turma, a fim de que, à luz do que dispõe o inciso II do artigo 1.030 do CPC/2015, eventualmente exerça juízo de retratação diante da prolação, pelo STF, do acórdão meritório referente ao RE 1.001.104 (Tema n. 854).

Anteriormente, a Primeira Turma deu provimento ao agravo regimental do Ministério do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de reformar o acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de negar o direito à indenização até então conferido à empresa agravada, com arrimo na interpretação do artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, firmada à luz da jurisprudência uníssona no âmbito desta Corte.

Contra o acórdão supra, a empresa Transportes e Turismo Alto Minho Ltda. interpôs recurso extraordinário (e-STJ fls. 1.651-1.667), o qual foi sobrestado pela, Vice Presidência.

Após o julgamento de mérito do RE 1.001.104, a Vice-Presidência determinou a devolução dos autos à Primeira Turma, conforme anteriormente relatado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.001.104 (Tema n. 854), sedimentou o entendimento de que: “Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação”.

No caso em testilha, todavia, a discussão gravita em torno do direito à indenização fundamentado no artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, pleiteado por empresa que explorava o serviço de transporte público coletivo mediante precária autorização.

A Primeira Turma deu provimento ao agravo interno do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com arrimo na jurisprudência sedimentada e reiterada desta Corte, consignando que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995 apenas tem aplicação na hipótese de concessão (regularmente precedida de procedimento licitatório) e, por isso mesmo, não pode servir como supedâneo ao pagamento de indenização nos casos em que a exploração do serviço de transporte público coletivo foi delegada por permissão precária.

O entendimento supra pode ser conferido em inúmeros julgados desta Corte, sendo válido trazer à colação os seguintes: AgInt no REsp 1.368.403/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 30/11/2017; REsp 1.374.541/RJ, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; AgRg no REsp 1.358.744/RJ, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 15/12/2016; e REsp 1.422.656/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/3/2014.

Assim, como se pode perceber, a questão decidida neste feito gravita em torno da interpretação do artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, a qual assenta que não há direito à indenização em favor de empresa que explora a prestação do serviço de transporte público coletivo mediante permissão precária. Já o tema decidida pelo STF, no julgamento do RE 1.001.104, acena para necessidade de prévia licitação para a implementação do serviço de transporte público coletivo, com exceção da ocorrência de situações excepcionais, as quais devem ser devidamente comprovadas. Logo, ressoa evidente haver enorme diferença entre os temas em foco, razão pela qual não se pode exercer o juízo de retratação a que alude o inciso II do artigo 1.030 do CPC/2015.

Isso posto, em juízo negativo de retratação, confirmo o entendimento firmado no acórdão de fls. 1.478-1.489 e-STJ, no sentido de dar provimento ao agravo regimental do *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532596 - RJ (2014/0143033-0)

Número Registro: 2014/0143033-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 1190423620038190001 20030011213510 201424553460

PAUTA: 09/11/2022

JULGADO: 15/12/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVANTE: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S)

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVADO: OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

-Licitações

AGRAVO REGIMENTAL

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AGRAVADO:
TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA**

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S) INTERES.:
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental do MPRJ, em juízo de retratação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO **PRIMEIRA TURMA**

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 532596 - RJ (2014/0143033-0)

Número Registro: 2014/0143033-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 1190423620038190001 20030011213510 201424553460

PAUTA: 09/11/2022

JULGADO: 07/02/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVANTE: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S) AGRAVANTE:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AGRAVADO: OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

- Licitações

AGRAVO REGIMENTAL

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AGRAVADO:
TRANSPORTES E TURISMO ALTO MINHO LTDA**

ADVOGADOS: MARIA RITA DE CASSIA FIGUEIREDO PINTO E OUTRO(S) DF006717

SPENCER DALTRO DE MIRANDA FILHO E OUTRO(S) - DF017615

RAQUEL BASTOS DALTRO DE MIRANDA E OUTRO(S) - DF018785

AGRAVADO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: RENATA GUIMARÃES SOARES BECHARA E OUTRO(S) INTERES.:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retificando decisão proferida na sessão do dia 15/12/2022, a Primeira Turma, por unanimidade, confirmou o acórdão que deu provimento ao agravo regimental do MPRJ, em juízo negativo de retratação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





PGJ apresenta ao Ministro Edson Fachin as ações do MPRJ no cumprimento da ADPF 635

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, recebeu, no dia 02/07, em seu gabinete, o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Edson Fachin, para apresentar a atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) na temática de políticas públicas de segurança e discutir o cumprimento das determinações do STF com relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635, que visa à redução da letalidade policial no Estado. O Ministro-Relator cumprimentou o MPRJ pelas iniciativas adotadas no curso do processo e adiantou que o encontro marca o encerramento da fase de instrução da ação, que será colocada em julgamento neste segundo semestre.

No encontro, Luciano Mattos demonstrou ao Ministro as iniciativas já adotadas pelo MPRJ para cumprir a ADPF 635, como a instituição do Grupo Temático Temporário para acompanhar as determinações da ADPF (GTT-ADPF-635) e a criação do plantão de atendimento 24 horas para receber denúncias de possíveis casos de violência e abusos de autoridade cometidos durante operações policiais.

“Foi uma oportunidade de apresentar nossas ferramentas tecnológicas e o tratamento dos dados feito a partir das informações encaminhadas pelos órgãos de segurança. É um trabalho que permite uma melhor atuação das forças de segurança,

de forma mais eficaz, para garantia da segurança do cidadão. As decisões da ADPF 635 permitem ao MPRJ contribuir com a segurança pública e exercer melhor o seu papel de controle externo da atividade policial, a fim de melhorar a vida do cidadão, preservando as vidas de todos os envolvidos, inclusive a dos agentes do estado”, afirmou Luciano Mattos.



Durante a reunião, o Ministro Edson Fachin pôde conhecer os estudos desenvolvidos pela Gerência de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (GADG/MPRJ), como o Monitoramento de Operações Policiais, que tem por objetivo acompanhar a evolução das operações e seus resultados, desde a vigência da ADPF. Foi apresentado também o painel de Gestão de Território, que traz informações sobre crime e segurança pública georreferenciado. Também foi anunciado o protocolo de atuação das polícias para maior segurança no entorno das escolas públicas. O servidor da GADG/MPRJ, o sociólogo Ramon Chaves Gomes, também expôs os resultados da Análise de Dados sobre Associação entre Operação Policial e Letalidade, que apontou que não há relação entre o aumento das operações e a queda de letalidade nas comunidades alvos.

“O Ministério Público está dando, e pode dar, no contexto da ADPF 635, um exemplo para todo o Brasil, que é um exemplo de trabalhar com fatos e evidências e, ao mesmo tempo, atuar decisivamente nas suas funções institucionais, inclusive de controle externo da atividade policial”, afirmou o Ministro Edson Fachin. Para



o relator da ação, a reunião de hoje marca o encerramento da fase de instrução da ADPF 635 e permite, neste começo do segundo semestre, indicar a ação para julgamento. “Esta reunião, portanto, além de marcar esse momento, também representa uma demonstração das atividades realizadas pelo MPRJ, que merece os nossos cumprimentos pelas iniciativas levadas a efeito, por aquelas já realizadas e por outras ainda mais, que poderá realizar, com o objetivo da redução da letalidade policial do Rio de Janeiro”, disse Fachin.

Ao final do encontro, Fachin concluiu informando que os objetivos do MPRJ estão alinhados aos das demais instituições do Estado e da União, sob o olhar do Poder Judiciário, no que diz respeito a promover segurança em um patamar efetivamente satisfatório, trabalho iniciado a partir de uma demanda de cumprimento de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda segundo o relator, este é um processo estrutural “que tem sido uma ponte para o estabelecimento de um conjunto de parâmetros relevantes. Caso se consiga lograr êxito nas metas, cronograma e objetivos, poderemos ter um exemplo para a segurança em todo o Brasil”, ressaltou o Ministro.

O Ministro Edson Fachin esteve acompanhado do Secretário de Segurança do STF, Marcelo Canizares Schettini Seabra, e pelo assessor André Ribeiro Giamberardino. Pelo MPRJ, estiveram presentes o Chefe de Gabinete e Coordenador-Geral de Atuação Coletiva Especializada, David Faria; o Secretário-Geral de Planejamento Institucional, Marcus Cavalcante Pereira Leal; os Promotores de Justiça Tiago Veras, Coordenador do Grupo Temático Temporário (GTT) - Operações Policiais (ADPF 635-STF); e Victor Miceli,

assistente do GTT, além da Promotora de Justiça Adriana Lucas Medeiros, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional de Investigação Penal (CAO Investigação Penal/MPRJ); do Coordenador da Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ), Eduardo Campos; e da Promotora Glaucia Santana, titular da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, que apresentou o projeto para garantir a segurança no entorno das escolas.



Visita ao CICC

À tarde, o PGJ e o Ministro Edson Fachin visitaram o Centro Integrado de Comando e Controle (CICC) da Polícia Militar. Na oportunidade, foram debatidos temas como o uso de câmeras corporais e das ferramentas questionadas pela ADPF 635. O Ministro também conheceu o Gabinete de Gestão de Crise, teve acesso ao painel de chamadas do 190 e às câmeras de monitoramento da cidade. Desta visita, participaram o Secretário de Segurança do Rio, Victor Cesar Carvalho dos Santos; o Secretário de Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, Cel. PM Marcelo Menezes Nogueira; o Secretário de Polícia Civil do Estado, Delegado Marcus Amin; o Corregedor-Geral Unificado da Secretaria de Segurança, Desembargador aposentado Antônio José Ferreira de Carvalho; a Procuradora do Estado Cristina Francesconi; e o Delegado Fabrício Oliveira, Coordenador da Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE).



PGJ assina termo de adesão ao acordo de cooperação técnica firmado entre o CNMP e o STJ para a racionalização na tramitação de processos

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, assinou, no dia 13/08, na sede do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em Brasília, um termo de adesão ao acordo de cooperação técnica firmado entre o CNMP e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a racionalização da tramitação de processos do Ministério Público da União e dos Estados no STJ.

O acordo, assinado pelos Presidentes do STJ, Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, do CNMP, o Procurador-Geral da República, Paulo Gonet, e do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPJ), Jarbas Soares Júnior, PGJ de Minas Gerais, prevê a execução de projetos, eventos e ações de interesse comum. Também busca a prevenção de litígios, a promoção de estratégias de desjudicialização, o monitoramento e gestão de demandas repetitivas e precedentes, e o fomento à resolução consensual das controvérsias, além do cumprimento dos precedentes qualificados. Outro objetivo da assinatura do acordo de cooperação técnica é estabelecer um canal entre o CNMP e o STJ para o intercâmbio de informações, dados, documentos e apoio técnico-institucional, buscando soluções conjuntas para a promoção da Justiça de maneira ágil e eficaz.



Além de Luciano Mattos, assinaram o termo de adesão ao acordo o Subprocurador-Geral do Trabalho, Jeferson Luiz Pereira Coelho; o PGJ do Distrito Federal, Georges Fredderico Seigneur; o PGJ da Bahia, Pedro Maia; o PGJ do Pará, César Bechara Nader Mattar Júnior; o PGJ de Pernambuco, Marcos Antônio Matos de Carvalho; o PGJ de Goiás, Cyro Terra Peres; o PGJ do Mato Grosso do Sul, Romão Avila Milhan Junior; o PGJ de Tocantins, Luciano Cesar Casaroti; e o PGJ de Roraima, Fabio Stica. Representando o PGJ do Rio Grande do Norte, o Promotor de Justiça do MPRN Marcelo de Oliveira Santos; representando o PGJ do Acre, o Procurador de Justiça do MPAC Oswaldo D’Albuquerque; e representando o PGJ de Rondônia, o Subprocurador-Geral de Justiça Administrativo do MPRO, Héverton Alves de Aguiar.



Setembro Amarelo: MPRJ promove evento com especialistas em saúde mental

Conscientizar a população sobre os fatores de risco para o comportamento suicida e reforçar a valorização da vida.

O evento “A Importância do Setembro Amarelo”, promovido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por meio da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, do Núcleo de Saúde Ocupacional (NSO/MPRJ) e da Caixa de Assistência do MPRJ (Camperj), reuniu especialistas em saúde mental, no dia 05/09, no auditório do edifício-sede do MPRJ. A palestra integra os trabalhos do projeto Saúde Mental no MPRJ.

A mesa de abertura contou com as presenças do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, representante do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União (CNPJ) na temática da saúde mental; do Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo Lima Neto; da Coordenadora-Geral de Promoção da Dignidade da Pessoa Humana (COGEPPH/MPRJ), Patrícia Carvão; do Vice-Diretor do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ), Alexandre Couto Joppert, e do psiquiatra Antônio Geraldo, Presidente da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) e Coordenador nacional da campanha “Setembro Amarelo”.

“Nós, do Ministério Público, estamos muito motivados e nos empenhando para contribuir cada vez mais para esse tema de extrema relevância para a nossa sociedade, que é a saúde mental. Hoje assinamos um convênio com a ABP para a disseminação de boas práticas, iniciativas e compartilhamento de informações, e poderemos chegar a um maior número de pessoas”, ressaltou Luciano Mattos.

O psiquiatra Ervin Cotrik, responsável pelo programa de psicoeducação e desmitificação do transtorno mental no âmbito do MPRJ, e a apresentadora da Band TV Gardênia Cavalcanti apresentaram dados e fizeram relatos sobre o tema. Eduardo Lima Neto mediou a conversa e fez perguntas aos palestrantes. Ele falou sobre a importância de cada instituição fazer a sua parte.

“O Projeto Saúde Mental decorre de uma resolução do CNMP que determina e orienta que todos os estados e todos os Ministérios Públicos brasileiros adotem medidas de preocupação e de atenção com a saúde mental. Já tínhamos a sensibilidade e consciência da importância desse tema aqui no MPRJ. Esse é um assunto bastante delicado, que precisa ser tratado com muita propriedade. É importante que as pessoas compreendam o que é a depressão, como pode surgir a ansiedade, ou outro transtorno qualquer, para que tenham condições de enfrentar essas questões. E é importante que escolas, profissionais de saúde e familiares cumpram seu papel”, disse Eduardo Lima Neto.

Bullying e cyberbullying são temas abordados

Em 2022, o número de suicídios no Brasil cresceu 11,8%, totalizando 16.262 casos registrados. A alta taxa, principalmente entre jovens, tem relação com fatores psicológicos, como ansiedade, e sociocomportamentais, como o bullying e cyberbullying, assuntos que foram abordados na palestra.

“Nosso sonho é poder chegar a toda população brasileira com informações que possam diminuir o estímulo, o preconceito, e que pessoas que não tenham tanto conhecimento possam ter acesso também aos tratamentos. Muitas pessoas não procuram ajuda porque não sabem sobre o assunto, e, quando firmamos um convênio com uma instituição tão importante como o MPRJ, para nós é motivo de orgulho. A população em geral acaba se beneficiando”, afirmou Antônio Geraldo.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

65-68, 73, 75-77, 80;

AMPLA DEFESA

39, 74, 88, 100, 102-103, 132, 160, 163, 235-238, 241, 243-246, 250-259, 508, 512, 514, 519-521;

ARQUIVAMENTO

79, 151-171, 242-243, 295, 306, 354, 375, 377, 484;

CELEBRAÇÃO

65-68, 72, 75-78, 312-313, 315-317, 325, 326, 330-336; 340-341, 349;

COMUNIDADE INTERNACIONAL

83;

CONCURSO PÚBLICO

25, 76, 173-182, 184-190, 438, 440, 445-447, 450, 454-457, 475;

CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS

173, 185;

CONVENCIONALIDADE

83, 242, 297, 301-307, 388;

CONVIVÊNCIA FAMILIAR

21-22, 227, 29, 200, 204-206;

DESENVOLVIMENTO

42, 66, 68, 71, 103, 120-123, 153, 165, 175-180, 188, 196-197, 254, 280-283, 315-316, 326, 330, 326, 422, 488;

DESINSTITUCIONALIZAÇÃO PSIQUIÁTRICA

191-195, 206, 208, 218, 227;

DÚVIDA RAZOÁVEL

129, 137-147;

ÉTICA DO DEVER

269-270, 272-273;

FORMAÇÃO DE LEITORES

279, 281;

INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA

191, 227;

LEITURA

29, 154, 241, 250-252, 256, 258, 270, 274, 279-285, 329, 358, 433, 519;

LITERATURA

236, 279-280, 283-286;

MINISTÉRIO PÚBLICO

37, 65-67, 73, 75-77, 96, 109-120, 125-126, 151-170, 179, 191-193, 199-206, 208, 210-211, 217-218, 220, 222-223, 226-228, 231-232, 235-239, 241-242, 250-251, 253-254, 258-259, 291, 295, 302, 305, 307, 339, 351, 354, 359, 364, 369-371, 374, 380, 383-384, 392-399, 406, 407-408, 411-412, 419-420, 424, 428, 431-440, 442, 445, 450-453, 457-497, 500-501, 506-507, 511, 514, 518, 527, 529, 531, 535-539;

OSCAR WILDE

269-270, 272-273, 275;

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

98, 142, 176-177, 236-238, 244, 246, 251-254, 257, 259, 298, 416, 468;

PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

151-159, 163, 166, 169-171;

PROCESSO PENAL

88, 97-103, 129-143, 145-149, 151-154, 157-159, 161, 165-171, 235-238, 241-243, 245, 253, 257-259, 273, 294-295, 300, 307, 372, 378, 384-390, 407, 412-413, 422-423, 426-428, 432, 465, 480, 484, 490, 497, 500, 515-524;

PROVA

25, 52, 74, 91, 98-101, 129, 131, 133, 135-149, 169, 185, 283, 377, 379, 397, 408, 415, 418, 422-423, 430, 480, 504, 507, 510, 515, 517, 521;

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

48, 60, 109-120, 125;

REFORMA TRIBUTÁRIA

263, 553;

RELATIVIDADE

269, 272, 274;

REVISÃO CRÍTICA

31-32, 59;

TEORIA GERAL DOS RECURSOS

31-35, 37, 39, 41-44, 49, 52, 59, 61-62;

TRATADOS ANTIDROGAS

83, 85, 106;

VERDADE

70, 78-79, 86, 88, 100-101, 113, 119, 129-135, 138-139, 143-144, 147, 149, 174, 236, 240, 245, 257, 272-273, 296, 315, 325, 328, 337, 340, 343, 346, 360, 378, 382, 439-440, 445, 456;

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

21-23, 25-28, 242, 291, 296-298, 300-301, 303, 305, 307.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Márcio Paulo Veloso Ferreira

Supervisão

Ana Montenegro

Produtora Executiva

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Cristina Siqueira

Coordenação de Revisão

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*:

rmp@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

rmp@mprj.mp.br