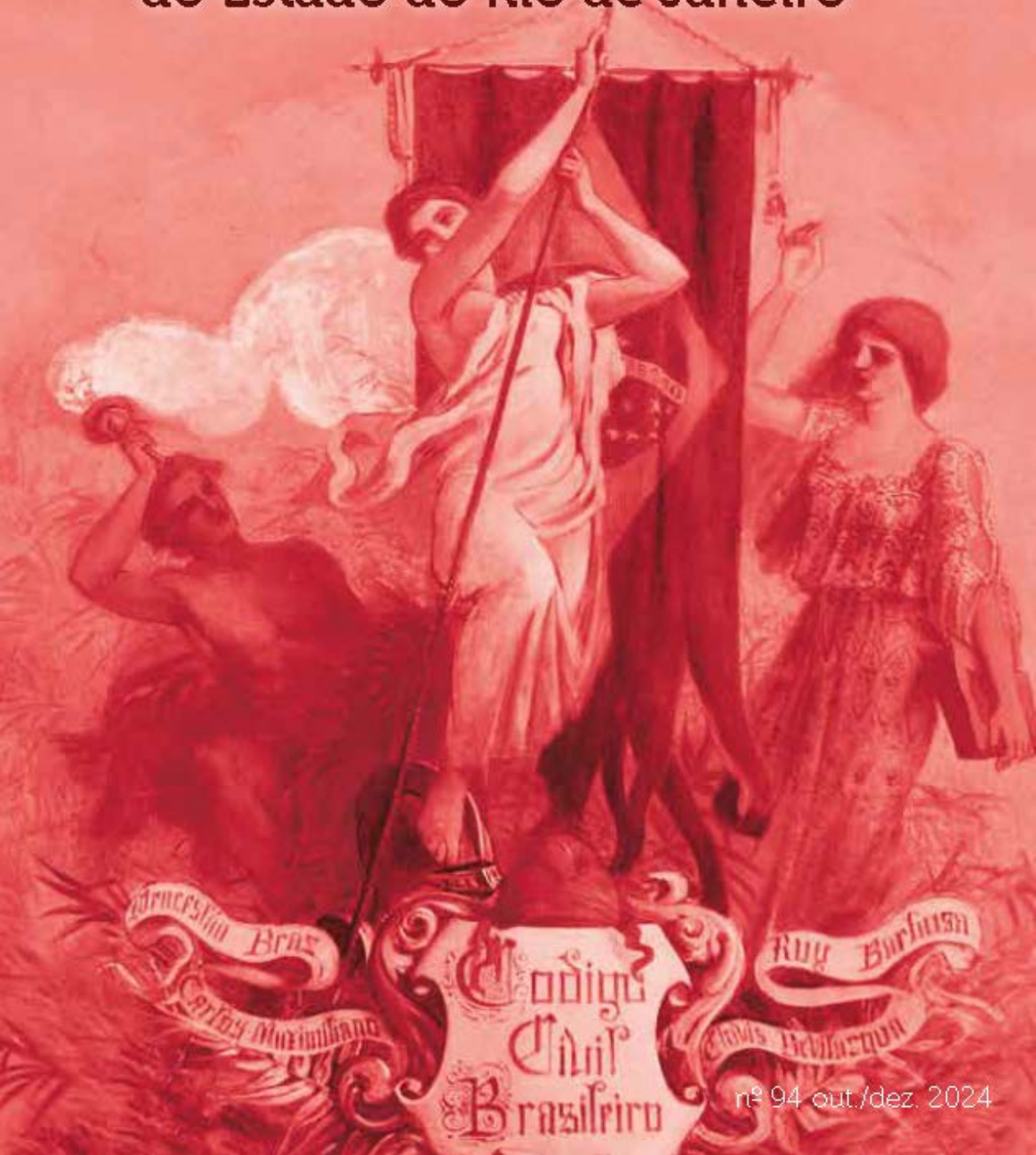


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

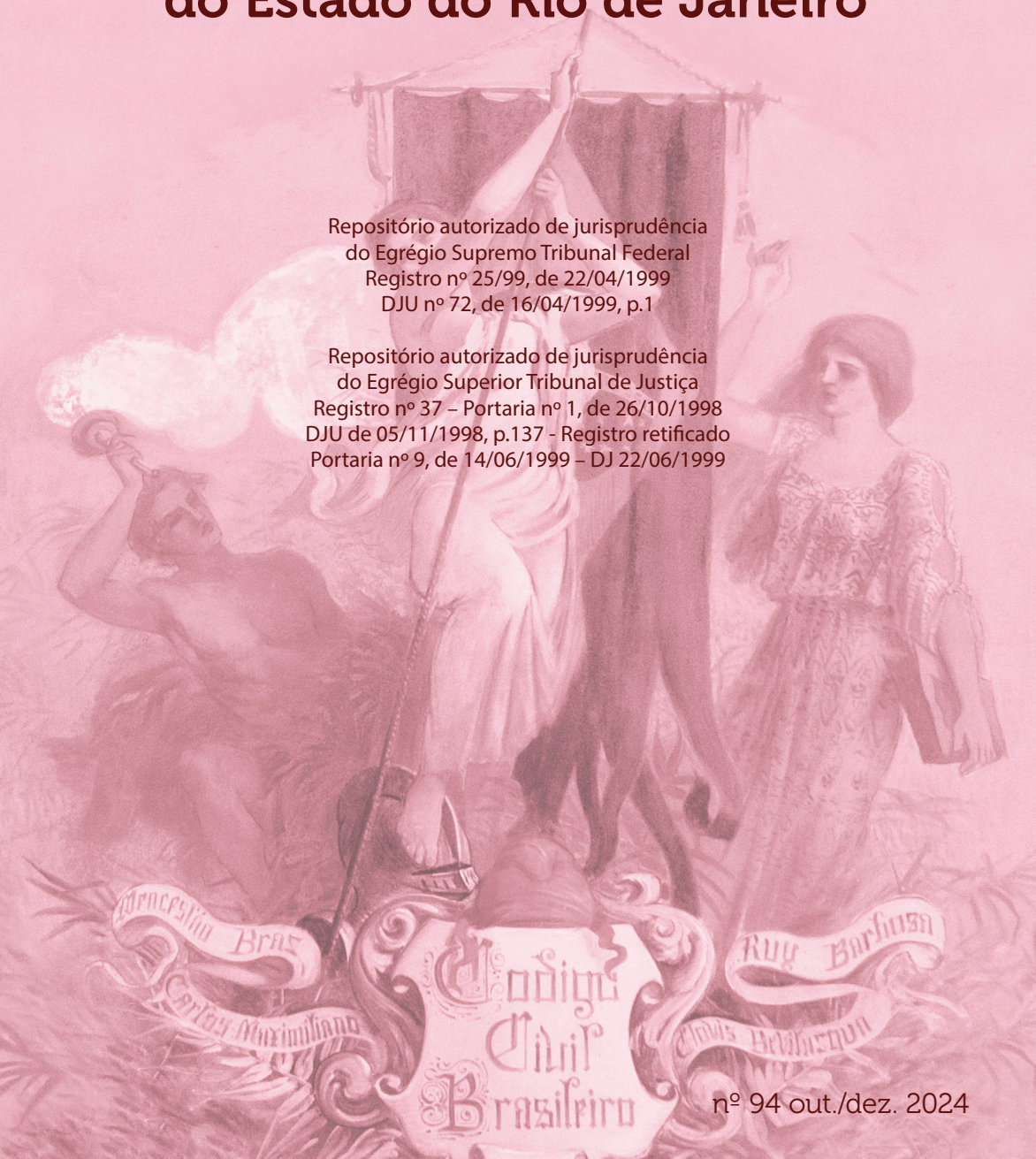


**Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

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

Catalogação 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, 94)

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
Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

Ana Cristina Lesqueves Barra
Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e 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
Patricia Mothé Glioche 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

Finalizando o ano de 2024, apresentamos aos nossos leitores a edição número 94 da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, abrangendo o trimestre compreendendo os meses de outubro, novembro e dezembro. Nos editoriais das três primeiras edições deste ano, buscamos estruturar uma síntese dos acontecimentos marcantes de cada trimestre, destacando-se, entre eles, as guerras russo-ucraniana e a travada por Israel contra o grupo terrorista Hamas. Lamentavelmente, este último conflito se alastrou no Oriente Médio e os inocentes reféns do trágico 7 de outubro de 2023 ainda não voltaram para casa. Apontamos para a necessidade de fortalecimento da ONU como organismo internacional capaz, não apenas, de promover reuniões de emergência com a expedição de resoluções ineficazes, mas com a sua reestruturação substancial com poderes para pôr fim a conflitos sangrentos espalhados pelo mundo. Daí a importância de um Conselho de Segurança verdadeiramente democrático, que assegure um rodízio entre os países de todos os continentes e com o fim do poder de veto reservado apenas às grandes potências, os denominados membros permanentes. Essa mudança ainda está longe de ocorrer, mas, na reunião de cúpula realizada no Rio de Janeiro no mês de novembro, no evento que representou o final da gestão brasileira na presidência do G20, o tema veio à baila e um passo foi dado, ainda que de forma embrionária e discursiva, para uma reforma estrutural na organização de cooperação de maior influência.

Outro tema de indiscutível importância, debatido na supracitada cimeira, foi a problemática de um meio-ambiente cada vez mais deteriorado pelos efeitos nocivos do efeito estufa e do aquecimento global. O presidente dos EUA, antes de chegar ao Rio de Janeiro, fez questão de visitar a região amazônica, num gesto significativo no tocante à importância da integridade da floresta, verdadeiro pulmão do mundo, propondo alimentar, outrossim, o “fundo amazônico” com alguns milhões de dólares. Relevante mencionar que a próxima COP30, agendada para 2025, terá como palco a cidade de Belém do Pará, numa clara alusão à importância daquele espaço ambiental no mundo. A desigualdade social teve também o seu lugar na reunião dos líderes mundiais, chamando-se especial atenção para a redução da fome nas nações menos desenvolvidas, verdadeira praga que assola uma parte considerável da humanidade.

No âmbito interno de nosso país, gizamos o aumento da violência doméstica que vem dizimando vítimas inocentes, dando respaldo ao Legislativo para criação do crime de feminicídio. Sabemos, no entanto, que não bastam leis rígidas para dar fim a um problema que tem a sua verdadeira origem na falta de um programa educacional, que conscientize a população acerca da alteridade e da cidadania desde a mais tenra idade de nossas vidas. Outro assunto importante é o controle da *internet*, que se “democratizou” no uso exagerado dos *smartphones*. Bastante salutar a promulgação de lei que proíba o uso do celular no âmbito das escolas e a discussão ampliada sobre a regulação da IA no Brasil. Também se vislumbra um aumento da importância do Ministério Público como verdadeiro advogado da sociedade, no elenco extensivo de suas atribuições, o que tem sido reconhecido e aplaudido pela mídia em geral.

Focalizando o conteúdo da Revista, a seção doutrina aborda assuntos variados da esfera jurídica, o que tem sido uma característica indissociável nas quase seis décadas de existência de nosso periódico.

O Observatório Jurídico aborda temas relevantes no cenário jurídico mundial: o primeiro deles, da lavra do Ministro do STF Luiz Edson Fachin, retrata a “Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino” e, o segundo, de autoria do Promotor de Justiça Emerson Garcia, o “Direito das Minorias”. No bojo desse segundo artigo afirma-se, de maneira precisa, que “o direito das minorias não é direcionado às minorias dominantes, que já têm o poder ao seu dispor, mas, sim, às minorias dominadas”.

O Observatório Filosófico oferece a oportunidade de reflexão profunda sobre dois assuntos relacionados à psique: “Breve estudo filosófico sobre a finitude humana” e “O infamiliar e a sublimação: uma interação chamada arte nas perspectivas de Freud e Lacan”.

No Observatório Literário, destacamos o folclórico artigo “*O forró de Marú Vito*: a linguagem do cidadão comum e a linguagem jurídica na defesa dos direitos”.

Nas peças processuais, oferecemos ao público dois pareceres: o primeiro deles cuida da irrazoabilidade de exigência de interesse jurídico por parte de advogado ou de cidadãos não figurantes em determinado feito administrativo, sob a ótica de princípios, de dispositivo constitucional e de legislação infraconstitucional. E o segundo parecer trata de “remoção de conteúdo de Internet da Plataforma You Tube” de conteúdo antissemita, à luz da Constituição da República.

Seguem-se a jurisprudência do STF e do STJ, bem como o Noticiário.

Reiteramos a todos que a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é publicada em duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que permite maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo, assim, para a expansão e a democratização do saber. Desejamos aos nossos leitores agradáveis momentos de leitura e de reflexão, agradecendo aos autores que contribuíram para que esta edição viesse a lume, elogiando, outrossim, o brilhantismo de seus textos.

EMERSON GARCIA

Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO

Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A teoria da desconsideração atributiva no processo e os limites da defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Clarisse Frechiani Lara Leite

Igor Campos Oliveira 19

Mate quatro e pague três: a violação da Constituição na aplicação do crime continuado aos delitos dolosos contra a vida

Décio Viégas de Oliveira 47

O papel da tecnologia e da inteligência artificial na segurança pública: desafios e convergências com os direitos fundamentais individuais e sociais

Flávio Maria Leite Pinheiro 57

A tortura no banco dos réus: uma análise crítica sobre a (in)compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro 75

Recuperação judicial da empresa: direito de voz e de voto dos acionistas

Jorge Lobo 103

A importância de critérios para identificar ações estruturais prioritárias

Matheus Casimiro

Eduarda Peixoto da Cunha França 125

A criminalização autônoma da autolavagem de capitais sob a ótica da legalidade e proporcionalidade da intervenção penal estatal

Pedro Eularino Teixeira Simão 147

A invalidação dos contratos administrativos: a perspectiva da LINDB absorvida pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Rita Tourinho 173

Implementação de Programas de Integridade por meio de cláusulas atípicas em acordos propostos pelo Ministério Público na defesa do patrimônio público

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis 195

Ativismo judicial e política no Brasil: as mentiras sinceras são as que interessam <i>Rogério Pacheco Alves</i>	221

Observatório Jurídico

Direito das minorias <i>Emerson Garcia</i>	235
Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino <i>Luiz Edson Fachin</i>	239

Observatório Filosófico

Breve estudo filosófico sobre a finitude humana <i>Adolfo Borges Filho</i>	247
O infamiliar e a sublimação: uma interseção chamada arte, nas perspectivas de Freud e Lacan <i>José Renato Carnevale da Cunha</i> <i>Vivian Maia Reis</i>	255

Observatório Literário

O <i>Forró de Mané Vito</i> : a linguagem do cidadão comum e a linguagem jurídica na defesa dos direitos <i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i>	275

Peças Processuais

Parecer. Processo Administrativo. Consulta apresentada por membro do MPRJ ao Encarregado de Tratamento de Dados sobre a razoabilidade de exigir interesse jurídico de advogados ou cidadãos que não figuram como partes nos autos, considerando o princípio da publicidade e a proteção de dados pessoais sensíveis presentes nos procedimentos. O parecer analisa a questão à luz da Constituição Federal, da Lei de Acesso à Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados, concluindo pela pertinência da exigência para conciliar transparência e privacidade. <i>Guilherme Magalhães Martins</i>	289

Parecer. Processo Judicial. Ação Civil Pública. Remoção de conteúdo da internet. Plataforma do Youtube. Discurso antissemita e discriminatório contra a comunidade judaica. Justiça política e pluralismo nas sociedades democráticas contemporâneas. Marcos teóricos e jusfilosóficos. Sociedade concebida como sistema de cooperação social entre pessoas livres e iguais, isto é, como membros plenamente cooperativos ao longo de toda a vida. Concepções morais e religiosas abrangentes e conflitantes. Princípios da tolerância e da reciprocidade. Dimensões da esfera pública e discurso de ódio. Positivação das liberdades civis, políticas e econômicas pela Constituição brasileira. Papel do Ministério Público. Defesa dos direitos e liberdades fundamentais para a preservação da justiça política da estrutura básica da sociedade democrática. Julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal a respeito da liberdade de expressão em relação a conteúdos de viés antissemita. Discurso, no caso, em desconformidade com as normas constitucionais e legais em vigor. Marco Civil da Internet. Procedência do pedido autoral.

Tulio Caiban Bruno 317

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558 / PARANÁ. STF. Ag. Reg. no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 229.558 Paraná. Segunda Turma. Rel. Min. Nunes Marques. Processual Penal e Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Tribunal do Júri. Quesito genérico. Absolvição. Clemência. Recorribilidade. Crime hediondo. Femicídio. Insuscetibilidade de graça ou anistia. Submissão de novo julgamento.

(STF. RHC 229558 AgR. Segunda Turma. Relator(a): Min. NUNES MARQUES. Redator(a) do acórdão: Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 21/11/2023, Publicação: 19/02/2024)..... 333

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 232.112 / GOIÁS. STF. Ag. Reg. no *Habeas Corpus* 232.112. Goiás. Primeira Turma. Rel. Ministro Cristiano Zanin. Agravo Regimental em *Habeas Corpus*. Constitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal. Viabilidade da sentença condenatória contrária à pretendida absolvição pelo Ministério Público. Necessário reexame de fatos e provas quanto ao pedido de absolvição requerido pela impetrante neste *writ*. Agravo ao qual se nega provimento.

(Ag. Reg. no *Habeas Corpus* 232.112 Goiás. Primeira Turma, Julgamento: 19/12/2023, Publicação: 02/02/2024) 365

Jurisprudência Cível

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 / DISTRITO FEDERAL. STF. ADPF 708 Distrito Federal. Plenário. Min. Roberto Barroso. Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais.

(ADPF 708, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, J. Julgamento: 04/07/2022, Publicação: 28/09/2022) 373

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2309888 / MINAS GERAIS (2023/0067030-0). STJ. AgRg no AREsp Nº 2309888 – MG. Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Processual Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Tráfico e associação para o tráfico. Nulidade. Espelhamento de mensagens por meio do aplicativo *Whatsapp Web*. Não ocorrência. Prova lícita. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2309888/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023.) 411

Jurisprudência Cível

RECURSO ESPECIAL Nº 2.107.601 / MINAS GERAIS (2023/0396609-1). STJ. Recurso Especial Nº 2107601 - MG. Primeira Turma, Rel. Min, Gurgel de Faria. Processual Civil e Administrativo. Ação de Improbidade Administrativa. Superveniência da Lei n. 14.230/2021. Responsabilização por dolo genérico. Revogação. Aplicação imediata.

(REsp n. 2107601/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Primeira Turma, julgado em 23/04/2024, DJe de 02/05/2024.) 433

RECURSO ESPECIAL Nº 2137415/ SÃO PAULO (2024/0136744-9). STJ. Recurso Especial Nº 2137415/SP. Min Nancy Andrighi. Recurso Especial. Ação de alvará. Registro de dupla maternidade. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Inseminação artificial heteróloga. União estável homoafetiva. Presunção de maternidade. Art. 1.597, V, do CC/2002. Possibilidade. Princípio do livre planejamento familiar. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

(REsp n. 2.137.415/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 17/10/2024.) 447

Noticiário

Promotores de Justiça substitutos tomam posse no MPRJ **467**

MPRJ apresenta ao STF atuação da instituição no âmbito da ADPF-635..... **475**

MPRJ realiza entrega do Colar do Mérito e da Medalha Annibal Frederico
de Souza **479**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **483**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A teoria da desconsideração atributiva no processo e os limites da defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica

The 'veil peeking' theory ('Zurechnungsdurchgriff') in civil procedure and the limits of the answer in the 'incident of disregard of corporate entity'

Clarisse Frechiani Lara Leite*

Igor Campos Oliveira**

Sumário

1. Introdução: a delimitação da defesa da parte cujo patrimônio se busca alcançar pela desconsideração. 2. Premissa: discussões sobre desconsideração não ensejam identidade ou sucessão processual entre sócio e sociedade. 3. A teoria da desconsideração atributiva da personalidade jurídica. 4. O tratamento processual da desconsideração atributiva. 5. A desconsideração atributiva como forma de imputação de fatos dotados de efeitos processuais. 6. A desconsideração atributiva pode ser usada para limitar a defesa no incidente de desconsideração, devido às preclusões operadas contra a parte originária? 7. Conclusões. Referências bibliográficas.

Áreas do Direito: Processo Civil. Civil. Societário.

Resumo

O artigo analisa o uso da teoria da desconsideração atributiva no âmbito do processo civil e, mais especificamente, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a fim de discutir sua aplicação para definir os limites da defesa do indivíduo cujo patrimônio se pretende alcançar. Para cumprir esse objetivo, examina-se a doutrina brasileira e estrangeira, bem como julgados pertinentes. Conclui-se que, sem previsão legal expressa, não se deve limitar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Abstract

The article analyzes the use of the 'veil peeking theory' ('Zurechnungsdurchgriff') in civil procedure and, more specifically, in the 'incident of disregard of corporate entity', in order to discuss its application to define the limits of the defendant's answer. To fulfill this objective, it analyses the Brazilian and foreign doctrine, as well as relevant judgments. It is concluded that, without express legal provision, there shall be no limitations on constitutional guarantees of due process of law.

* Doutora e Mestre em Direito Processual pela FDUSP. Livre-Docente na FDUSP. Advogada.

** Mestrando em Direito Processual pela FDUSP. Graduado em Direito pela FDRP-USP. Advogado.

Palavras-chave: Desconsideração. Atributiva. Limites. Defesa. Incidente.

Keywords: *Veil. Peeking. Limits. Defense. Incident.*

1. Introdução: a delimitação da defesa da parte cujo patrimônio se busca alcançar pela desconsideração.

Uma das grandes e importantes novidades do Código de Processo Civil de 2015 é, sem dúvida, a disciplina do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” entre as várias formas típicas de intervenção de terceiros.

Conquanto muito aplaudida por prestigiar garantias constitucionais,¹ a novel regulação deixou ainda dúvidas relevantes sobre o tratamento processual do instituto. Uma delas, decorrente da pouco esclarecedora redação do art. 135 do Código de Processo Civil,²⁻³ refere-se à delimitação da amplitude da defesa consentida ao sócio – até então terceiro⁴ –, inserido de modo tardio no processo instaurado em face da sociedade (ou vice-versa),⁵ e, consequentemente, aos limites da cognição judicial preordenada à decisão sobre a responsabilização desse sujeito.

Em especial, discute-se se, e *em que medida*, poderão ser suscitadas defesas relativas ao próprio crédito invocado contra a sociedade, ao lado daquelas – inequivocamente admissíveis – concernentes aos pressupostos para a desconsideração.

A discussão agudiza-se quando o incidente é instaurado durante a execução, estando já recoberta pela coisa julgada a decisão – da fase de conhecimento ou dos embargos – sobre a existência, o valor e a exigibilidade do crédito.

¹ A respeito, veja-se: MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 188-189; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231-232; BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 386; ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 208; SILVA, João Paulo Hecker da. Desconsideração da personalidade jurídica e sucessão: consequências sobre a posição jurídica do terceiro em cada hipótese em relação aos seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais. In: TALAMINI, Eduardo et al. Coords. *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 465.

² “Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para *manifestar-se* e requerer as provas cabíveis”. BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Grifo nosso.

³ Críticas à falta de clareza do dispositivo também são apresentadas por: BATISTA CINTRA, Lia Carolina. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 8, n. 1, jan./mar. 2016, p. 218; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; SANTOS, Júlio César Guzzi dos. A extensão das matérias de defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019, p. 73-92. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1.

⁴ Quanto ao conceito de “partes” e “terceiros” no Brasil, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123-124. A maior parcela atual da doutrina brasileira encampa as definições de Liebman de “partes” e “terceiros”, como: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54-55; BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58; TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários aos arts. 485 a 538. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 228-230; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 23-25.

⁵ Com as devidas adaptações, as reflexões deste artigo aplicam-se tanto para as hipóteses de desconsideração “direta” da personalidade jurídica, quanto para as de desconsideração “indireta”.

Duas questões principais aí se apresentam. Em primeiro lugar, definir a legitimidade do sócio para suscitar defesas relativas ao débito (originariamente) da sociedade, independentemente do momento em que isso seja feito. Em segundo, decidir se ele fica alcançado pelas estabilidades formadas contra a sociedade.

A maior parte da doutrina reconhece a legitimidade do sócio para se defender quanto ao débito (embora para alguns apenas após acolhido o pedido de desconsideração), por ser esse um dos elementos necessários à sua responsabilização (*questão prejudicial*).⁶

É sobre a segunda questão que se centra com maior intensidade o debate.

De um lado, com fundamento nas garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório,⁷ o art. 506 do Código de Processo Civil proíbe, em princípio, que a estabilidade da coisa julgada opere em prejuízo de terceiros. Sendo o sócio um *terceiro* inserido tardiamente no contraditório mediante a nova modalidade coata de intervenção, não se lhe deveria opor a coisa julgada formada contra a sociedade. Por decorrência, seria permitido ao sócio invocar quaisquer defesas para afastar a possibilidade de seu patrimônio vir a ser afetado (inclusive demonstrar que o crédito nunca existiu, que foi alcançado por prescrição antes da propositura da demanda de cobrança, que já havia sido pago, que não corresponde ao montante fixado na sentença etc.).⁸⁻⁹

⁶ A título de exemplo, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238; CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 240 e 244 (para quem, antes de acolhida a desconsideração, a defesa do sócio quanto ao débito exibe-se como espécie de “assistência simples” em favor da sociedade); RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações: introdução ao estudo sistemático da responsabilização patrimonial*. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 192-194. Em sentido diverso: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. v. I. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, esp. nn. 19.8.4 e 19.8.7, p. 375 e 376.

⁷ Entre inúmeros doutrinadores, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 33-34; ZUFELATO, Camilo. *Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada em relação às pretensões individuais*. 2020. Tese de Titularidade inédita – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020, p. 21-22.

⁸ Em apoio a tal ideia, cf., por todos, SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a coisa julgada: quais os seus limites? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Coords. *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 370; SANTOS, Júlio César Guzzi dos. *A defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 192-196.

⁹ É, ao que parece, a posição majoritária da doutrina. Cf.: DIDIER JUNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: _____; MAZZEI, Rodrigo. Coords. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 169-170; BONICIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 23, jan./jun. 2009, p. 232-249. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 3-4; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176 e 182-183; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio Pereira; YARSHELL, Flávio Luiz. Coords. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 458-459; YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238-239; RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 323-324; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 204 e p. 234-235; MARTINS, Guilherme Rossini. *A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais*. 2019. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 121 e p. 142; GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 99-100; ZUFELATO, Camilo. *Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada em relação às pretensões individuais*. 2020. Tese de Titularidade inédita – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto,

Parte da doutrina afirma que a insistência do sócio em rediscutir a higidez do débito, quando identificada atuação fraudulenta no plano substancial, poderia configurar litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da Justiça, a atrair a imposição das respectivas sanções¹⁰ – o que não obstaría de todo modo à rediscussão em si das matérias defensivas.

De outro lado, há quem sustente a impossibilidade de o sócio rediscutir questões atinentes ao débito, por força da coisa julgada. De modo semelhante ao que se passa com o sucessor, a quem apenas se consente discutir a própria ocorrência da sucessão, ficando ele alcançado pelas decisões transitadas em julgado em face do sucedido (ao menos sempre que a sucessão ocorrer após o trânsito), também ao sócio se permitiria apenas debater o preenchimento dos pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica.¹¹ Em outras palavras: *ou* o sócio não deve ser alcançado pela desconconsideração, por ausência dos pressupostos para tanto, *ou* deve ser alcançado e, nessa hipótese, será tratado como se fosse a própria sociedade ou seu sucessor, sendo atingido pelas preclusões a ela dirigidas.¹²

Há, por fim, posições intermediárias, segundo as quais nem todas as situações merecem o mesmo tratamento. De acordo com *Leonardo Greco*, quando, a despeito da extensão da responsabilidade promovida pela desconconsideração, se estiver diante de “pessoas diversas”, será preciso respeitar o direito de defesa do indivíduo que vem ao processo depois, “não se podendo falar de preclusão, muito menos de coisa julgada”.¹³ Todavia, nas hipóteses em que tiver havido *abuso intenso* da personalidade jurídica, reconhecendo-se na desconconsideração que a sociedade e o sócio “são a mesma pessoa, com dois nomes ou duas fachadas diferentes”, seria perfeitamente razoável impor a este “a coisa julgada e a preclusão de todas as decisões a que o réu originário tenha de submeter-se”.¹⁴

A questão a ser resolvida é, pois, definir se, *para fins processuais*, também se aplica a espécie de “indistinação” de personalidades jurídicas que o incidente de desconconsideração busca ao final impor no que respeita às esferas patrimoniais. Ou seja, decidir se sócio e

Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020, p. 138-139; SANTOS, Silas Silva. *Redirecionamentos da execução civil: projeções da teoria do objeto litigioso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 201-203.

¹⁰ YARSHALL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 239.

¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 142.

¹² Com variações de fundamentação, é a conclusão para a qual parecem convergir: ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela. A obrigatoriedade (?) do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 977, mar. 2017, p. 393-415. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 6; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, esp. nn. 19.8.4 e 19.8.7, p. 375 e 376; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 142; ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. *Desconconsideração da personalidade jurídica*. 2019. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 194; ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de. *Desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. 2020. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 97.

¹³ GRECO, Leonardo. Comentários aos arts. 797 a 823. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XVI. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 189.

¹⁴ GRECO, Leonardo. Comentários aos arts. 797 a 823. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XVI. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 189. Também nessa linha, Marcelo Abelha Rodrigues sustenta ser possível cogitar da estabilização das matérias atinentes ao débito quando o sujeito atingido pela desconconsideração for *exatamente a mesma pessoa que já ocupava a posição de réu no processo*, o que ocorreria em hipóteses de *empresas individuais ou de responsabilização do sócio administrador e representante da sociedade (Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações: introdução ao estudo sistemático da responsabilização patrimonial)*. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 194). Cf., ainda, TUCCL, José Rogério. Comentários aos arts. 1º a 12. In: _____ et al. Coords. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 18.

sociedade envolvidos no processo em que se discute a desconsideração devem ser tratados como partes processuais absolutamente diversas, como sucedido e sucessor ou como a “mesma pessoa”.

Uma das ferramentas aptas em tese a equacionar esse problema é a *teoria da desconsideração atributiva ou regulatória da personalidade jurídica*, que permite imputar, em determinados casos, a prática e as consequências de certos atos da sociedade ao sócio, ou vice-versa.

É esse o objeto da presente investigação.

2. Premissa: discussões sobre desconsideração não ensejam identidade ou sucessão processual entre sócio e sociedade

Antes de ingressar no estudo da desconsideração atributiva, é preciso esclarecer que, na visão de quem escreve, não é possível afirmar a existência de relação de identidade processual ou de sucessão entre sócio e sociedade, nos casos de desconsideração.

A despeito das variadas formas de compreender a desconsideração de personalidade jurídica, e das dificuldades a que muitas vezes conduzem a denominação do instituto e as metáforas que o envolvem, a doutrina reconhece não haver efetiva *despersonalização*, isto é, desaparecimento da pessoa jurídica como sujeito autônomo ou como centro de imputação de normas – o que ao revés se configura nos casos de invalidade do contrato social ou dissolução e liquidação da sociedade. Na desconsideração, subsiste a autonomia e a distinção subjetiva entre a pessoa coletiva e as de seus sócios.¹⁵

Mesmo quando se explica a desconsideração como *suspensão episódica da personificação ou da eficácia dos atos constitutivos*, costuma-se limitar os efeitos dessa parcial ineficácia ao plano material, e, mais especificamente, patrimonial.¹⁶ A pessoa jurídica é, contudo, entidade complexa, que não se resolve em mera constituição de patrimônio em separado. Por isso, o acolhimento da desconsideração para estender ao sócio a responsabilidade quanto a débitos da sociedade não faz desaparecer a personalidade jurídica.¹⁷

Também é preciso ter em mente que a desconsideração pode operar com fundamento na chamada “*teoria menor*”, em que se dispensam por completo os elementos de fraude, abuso ou confusão patrimonial.¹⁸ Nesses casos, com ainda maior razão, não seria legítimo identificar as personalidades jurídicas em virtude da imposição de responsabilidade.

Se mesmo quando acolhida a desconsideração as personalidades se mantêm distintas no plano material, não há sentido em afirmar, no plano processual, a identidade entre os diversos entes societários.¹⁹

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2013. Versão eletrônica disponível em Minha Biblioteca, p. 306.

¹⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. v. II. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141; COELHO, Fabio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, 1992, p. 40.

¹⁷ GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 48.

¹⁸ O alerta também é feito por Flávio Luiz Yarshell (Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 239).

¹⁹ Na mesma linha, João Paulo Hecker da Silva afirma que “pessoa jurídica e sócio permanecem com personalidades totalmente distintas”, apondo-se “apenas o limite patrimonial da sociedade, para lograr a satisfação da pretensão também com o patrimônio dos sócios” (Desconsideração da personalidade jurídica

Tampouco se pode falar, com rigor, em *sucessão*, seja no plano material, seja no processual. De um lado, não é de sucessão que falam a lei ou a maior parcela da doutrina, inclusive porque inexistente *transmissão* de posições jurídicas. Ademais, é relevante o fato de a legislação ter optado por tratar a figura como modalidade de intervenção de terceiro (ingresso de determinado sujeito no processo já existente em face de outro sujeito), e não como habilitação de sucessores.²⁰

Por fim, conforme acentuado por Flávio Luiz Yarshell, não há norma estabelecendo que o devedor seja ou que atue como *substituto processual* do responsável,²¹ para que se pudesse submeter este último indistintamente aos efeitos dos atos e estabilidades processuais decorrentes da atuação daquele.

Daí não ser legítimo afirmar de forma geral e apriorística a limitação do direito de defesa do réu na desconconsideração – que até então era terceiro, mas poderá vir a ser condenado e ter seu patrimônio invadido – por força de sua vinculação às estabilidades formadas contra pessoa diversa (a sociedade).

Aliás, competindo exclusivamente ao credor escolher o momento de promover a desconconsideração (CPC, art. 134, *caput*), seria manifestamente iníquo permitir que, por opção estratégica sua, a amplitude do direito de defesa do sócio pudesse ser restringida.²²

Em regra, portanto, é preciso reconhecer a plena distinção das personalidades jurídicas de sócio e sociedade para fins de regime e efeitos processuais, inclusive quanto às estabilidades, nos termos do art. 49-A do Código Civil e dos arts. 9º, 10, 18, *caput*, e 506, do Código de Processo Civil.

Isso não significa, contudo, que, em certas e determinadas situações, não seja eventualmente possível imputar os efeitos (processuais) de atos praticados por um ente societário a outro, como vem sendo objeto de estudo pela doutrina da desconconsideração atributiva da personalidade jurídica.

3. A teoria da desconconsideração atributiva da personalidade jurídica

Tradicionalmente, a despeito de alguma divergência,²³ a doutrina brasileira emprega o conceito de “desconconsideração da personalidade jurídica” para designar o conhecido e

e sucessão: consequências sobre a posição jurídica do terceiro em cada hipótese em relação aos seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais. In: TALAMINI, Eduardo *et al.* Coords. *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 465). Diversamente, mas sem argumentos convincentes, Renato de Toledo Piza Ferraz entende que o decreto de desconconsideração impõe que se ignore “totalmente a existência da pessoa jurídica” (*Desconconsideração da personalidade jurídica na arbitragem*. 2022. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 353).

²⁰ Em sentido semelhante: SILVA, João Paulo Hecker. Desconconsideração da personalidade jurídica e sucessão: consequências sobre a posição jurídica do terceiro em cada hipótese em relação aos seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais. In: TALAMINI, Eduardo *et al.* Coords. *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 465.

²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238.

²² Conforme alerta Flávio Luiz Yarshell (Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238).

²³ Impende recordar que parcela minoritária da doutrina brasileira afirma que a desconconsideração da personalidade jurídica enseja responsabilidade por dívida própria, e não alheia. A respeito, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 147-148; MOREIRA, Alberto Camiña. *Litisconsórcio no processo de execução*. 2001. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

polêmico instituto que permite a extensão de responsabilidade patrimonial ao sócio por dívida da sociedade (ou vice-versa), atualmente positivado no art. 50 do Código Civil.²⁴⁻²⁵⁻²⁶

A seu lado, vem sendo crescentemente estudada pela doutrina nacional²⁷ outra “espécie” de desconconsideração, denominada *desconconsideração atributiva*²⁸ ou *desconconsideração regulatória*.²⁹

São Paulo, 2001, p. 144-145; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 393.

²⁴ Vários estudiosos abordam a “desconconsideração da personalidade jurídica” como meio de estender a responsabilidade patrimonial ao sócio por dívida alheia, ou seja, por dívida da sociedade, vide: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 188; YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 229 e p. 231; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 491; LONGO, Caricelli Maísa. *Natureza jurídica da decisão que julga a desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil: extensão e limites*. 2018. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 175-176; TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 190; ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 164. Conquanto essa posição seja facilmente encontrada na doutrina brasileira, há múltiplas divergências, por exemplo, quanto à natureza declaratória, constitutiva ou condenatória da decisão que estende a responsabilidade patrimonial ao sócio. Em trabalho recente, André Nunes Conti criticou essa concepção predominante de que a desconconsideração da personalidade jurídica possa ser entendida a partir da teoria dualista da obrigação (*Desconconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 65-72). Antes dele, Calixto Salomão Filho também já defendera que, na desconconsideração da personalidade jurídica, “o sujeito responde por dívida própria, decorrente não de um ato mas de uma atividade abusiva” (*O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 236-237).

²⁵ É bastante difundida a ideia de que o instituto tem como origem histórica a jurisprudência inglesa do século XIX, especialmente formada a partir do caso *Salomon versus A Salomon & Co.*, devendo-se a célebre artigo de Rubens Requião da década de 1960 (Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, v. 58, n. 410, dez. 1969, p. 12-24) o início de sua difusão no Brasil. Nesse sentido, cf.: NETO, Carmine de Siervi. *A evolução da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2005. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 78; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A desconconsideração da personalidade jurídica e os 18 anos do Código Civil. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 596-597.

²⁶ Nosso sistema conta com outras hipóteses, previstas nos art. 28 do CDC e 4º da Lei n. 9.605/1998, mas, para parte da doutrina, haveria em tais casos mera responsabilidade ordinária e subsidiária, e não “verdadeira desconconsideração” (GANACIN, João Canovas Bottazzo. *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 59-60).

²⁷ Algumas obras clássicas também já haviam abordado o tema: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979; JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

²⁸ Expressão cunhada por Calixto Salomão Filho a partir do termo alemão *Zurechnungsdurchgriff* (cf. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 130, e *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 367) e acolhida, entre outros, por: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53-55; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. 2017. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 57-64; ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 139; CONTI, André Nunes. *Desconconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 22-23.

²⁹ É o termo adotado por Mariana Pargendler: Apontamentos sobre a desconconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 574. Em artigo anterior, publicado na língua inglesa, a autora apresentara sua original construção a

Por força do princípio da separação de personalidades jurídicas (CC, art. 49-A), não apenas o patrimônio, mas também as qualidades,³⁰ ações e posições jurídicas da sociedade são, em regra, inconfundíveis com as de seus membros.³¹ Ordinariamente, os atos, os conhecimentos, as condições econômicas de sócio ou da sociedade repercutem apenas em sua própria esfera jurídica, sem gerar consequências imediatas para o outro sujeito.

A desconsideração atributiva permite excepcionar tal ordinária separação, procedendo-se à imputação a um desses sujeitos dos fatos e consequências jurídicas originariamente dizentes apenas com a esfera do outro. Como explica *Calixto Salomão Filho*, o problema da desconsideração surge “sempre que se trata de imputar certa norma, dever ou obrigação a pessoa diversa de seu destinatário normal”, ou seja, “ao sócio ou à sociedade sem que esses sejam seus destinatários específicos”.³²

A compreensão do instituto fica mais clara a partir de alguns exemplos apresentados pela doutrina: (a) atribuição de características do sócio único à sociedade para configuração de erro essencial quanto à pessoa do destinatário da declaração, ensejando a anulação do ato; (b) extensão ao sócio de deveres de não concorrência impostos à sociedade;³³ (c) imputação à sociedade de conhecimentos do sócio, de modo a afastar eventual boa-fé em aquisições; (d) atribuição ao sócio, proprietário do imóvel locado, do uso do bem pela sociedade por ele controlada, para admitir a *retomada do imóvel* (especialmente quando a questão era

partir de precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1809, no caso *Bank of the United States versus Deveaux*, e da doutrina norte-americana (*Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation*). In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021, p. 729).

³⁰ PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 577.

³¹ Ao encontro disso, cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 32-34 e p. 36; ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 136-138. De acordo com André Nunes Conti, o princípio separação tutela não só os sócios, mas também, em alguma medida, os administradores, usufrutuários de ações, credores garantidos por alienação fiduciária, entre outros (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 35).

³² SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 233-234.

³³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 220; PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 590. Nesse contexto, Judith Martins-Costa discute a aplicação da desconsideração para extensão de dever de não exercício de direito de preferência a sociedades controladas pelos mesmos controladores da sociedade contratante (Obrigação de abstenção do direito de preferência: violação do direito de crédito por “terceiro cúmplice” e desconsideração da personalidade jurídica. In: GOUVÊA, Carlos Portugal et. al. Orgs. *Fusões e aquisições: pareceres*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 143-193, esp. p. 185). Mas André Nunes Conti – para quem a desconsideração atributiva representa não apenas uma questão de interpretação teleológica, mas também de solução de conflito entre normas – distingue (a) a situação em que se deve simplesmente interpretar a cláusula contratual para definir se atos de terceiros (como sócios ou sociedades), violadores do contrato, podem ser imputados à parte contratante – questão de mera interpretação do ato negocial –, (b) dos “verdadeiros” problemas de desconsideração atributiva, em que se questiona se a sociedade ou o sócio podem ser reputados partes do negócio celebrado pelo outro sujeito, imputando-se-lhe a declaração de vontade alheia, em afronta ao princípio da separação (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 143-145 e 149-152). Também para Conti escapariam do âmbito da desconsideração atributiva os casos em que a imputação do dever contratual dependesse da apuração de abuso, caracterizando-se, nessa hipótese, problema de desconsideração regulado no art. 50 do CC (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 147-149. V., também, nota 45, *infra*).

enfrentada pela jurisprudência com base na súmula n. 486 do STF),³⁴ e (e) imputação à companhia da nacionalidade de seus acionistas e administradores, com a finalidade de aplicar sanções às “sociedades inimigas” na Primeira Guerra Mundial.³⁵

Há casos em que a própria lei cuida de derrogar a regra da separação de esferas jurídicas, como se passa com: (a) as atuais normas dos arts. 51, §2º, e 52, inc. II, da Lei de Locações (n. 8.245/1991), que permitem a retomada para uso do imóvel por sociedade de que o locador detenha a maioria do capital, bem como o exercício, pela sociedade, do direito à renovação do contrato celebrado pelo sócio;³⁶ (b) as situações de exigência de controle nacional das sociedades atuantes em determinados setores econômicos, como o de comunicação (CF, art. 222, §1º), e, (c) no âmbito tributário, o regulamento do SIMPLES nacional, que leva em conta a identidade e outras participações do sócio da pessoa jurídica (Lei Complementar n. 123/2006, art. 3º, §4º).³⁷

O emprego do *método* da desconsideração atributiva só se torna necessário, segundo a doutrina, quando a derrogação do princípio da separação estatuído no art. 49-A do Código Civil não é expressamente determinada pelo legislador.³⁸

Diferentemente do que se passa com o atual cenário da desconsideração para imposição da responsabilidade patrimonial, não há em nosso sistema norma geral, como o art. 50 do Código Civil, reguladora da utilização do instituto da desconsideração atributiva. Da perspectiva comparada, a doutrina observa que apenas a lei societária de Israel traz disposição geral a esse respeito, autorizando a imputação não apenas de obrigações, mas também de atributos e direitos do acionista à companhia.³⁹

Mas assim como a ausência de positivação da desconsideração para fins patrimoniais não foi empecilho para a aplicação do instituto antes de sua consagração pelo legislador, os estudiosos do tema também não veem óbice ao emprego da desconsideração atributiva *de lege lata*, com fundamento em normas de superdireito sobre interpretação teleológica, integração de lacunas e solução de conflito entre normas.⁴⁰

³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 219-220 e p. 234.

³⁵ PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 585. A autora refere-se ao caso *Daimler Co., Ltd. versus Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.*, em que a Câmara dos Lordes admitiu ser necessário “to look, at least for some purposes, behind the corporation and consider the quality of its members”, com a finalidade de aplicar sanções a uma companhia constituída na Inglaterra, cujos administradores e a quase totalidade dos acionistas eram alemães e moravam na Alemanha.

³⁶ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 45.

³⁷ Os exemplos são de Mariana Pargendler (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 593).

³⁸ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 45.

³⁹ A observação é de Mariana Pargendler (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 589), que alude ao art. 6 da Companies Law.

⁴⁰ Em sentido diverso, Renato Luiz Franco de Campos entende que, não estando a desconsideração atributiva contemplada no ordenamento brasileiro, seus efeitos devem ser obtidos por meio da teoria da aparência (*Desconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicações no direito de família e sucessões*. 2014.

Afirma Mariana Pargendler que a desconsideração atributiva (ou regulatória) “entra em jogo quando a constituição, a lei, tratado ou contrato em questão não são claros quanto ao tratamento das pessoas jurídicas”, devendo os tribunais “recorrer às técnicas tradicionais de integração de lacunas legais e contratuais, com especial atenção ao fim econômico e social da lei e do contrato em julgamento”.⁴¹

De forma semelhante, Calixto Salomão Filho entende que o método de desconsideração atributiva será usado diante de *interesse externo* que justifique diretamente a atribuição da norma ao sócio (para o que bastará então o controle), ou em casos nos quais seria irracional e formalístico não atribuir as situações subjetivas da sociedade ao sócio, como em diversas hipóteses envolvendo sociedade unipessoal – especialmente quando não regulada a sua disciplina pelo ordenamento, funcionando a desconsideração atributiva como forma de *suprir lacunas*.⁴²

Por fim, para André Nunes Conti, Erasmo Valladão e Marcelo von Adamek, a aplicação da desconsideração atributiva da personalidade jurídica presta-se a resolver conflitos entre o princípio da separação e determinadas normas cuja interpretação teleológica exija levar em conta a típica relação de proximidade entre sócios e sociedade para imputar fatos (atos, conhecimentos, declarações de vontades, interesses, condições econômicas etc.) de um a outro.⁴³

Como se observa, também para esses autores o conflito (a ser solucionado pela desconsideração atributiva) apenas surge com a prévia interpretação teleológica de norma que, em princípio, não contraria expressamente a regra da separação de esferas – inclusive porque, se o fizesse, integraria o grupo de hipóteses em que a desconsideração atributiva é já diretamente determinada pelo legislador. Verificado o conflito, a partir da identificação das finalidades de determinada regra, que demandam a imputação de fatos e consequências jurídicas de um ente a outro – e surgindo assim um *problema* de desconsideração atributiva –, passa-se então a avaliar se os interesses abarcados na *norma resultante da interpretação teleológica* são mais relevantes do que os propósitos tutelados pelo princípio da separação, isto é, do que o estímulo à livre iniciativa e a proteção dos interesses dos credores.⁴⁴

Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 156-160). Para Calixto Salomão Filho, a teoria da aparência é um dos institutos cunhados para tratar do *problema* da desconsideração atributiva, que se vale, contudo, de *método* diverso daquele compreendido como o *método da desconsideração da personalidade jurídica* (*O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 221).

⁴¹ PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 589-590. Em sentido semelhante, Hector Cavalcanti Chamberlain afirma que “a desconsideração-imputação dispensa autorização legal expressa”, pois “não passa de um nome dado à interpretação-aplicação das normas vigentes” (...). Logo, o poder de aplicar a desconsideração-imputação é inerente à função prático-concreta da jurisdição e da administração; proibi-lo seria o mesmo que proibir a interpretação dos fatos e do direito” (*O incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica: atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial e reflexos no processo civil brasileiro*. Londrina: Thoth, 2021, p. 49).

⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 390-392.

⁴³ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 23-24 e p. 38; ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 140-141.

⁴⁴ A respeito, cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 34 e p. 37-38; ADAMEK, Marcelo

De modo geral, entende a doutrina não ser necessário um ato abusivo para que a desconsideração atributiva ou regulatória opere. Mas eventual abuso pode ser no caso concreto relevante para evidenciar a prevalência de outros interesses sobre aqueles tutelados pelo princípio da separação.⁴⁵

Tanto quanto se passa com os casos de imputação de responsabilidade patrimonial, também o problema da desconsideração atributiva deve ser resolvido à luz do caso concreto. Como há muito afirmado, “*the question whether a corporation is an entity separate and distinct from the stockholders cannot be asked, or answered, in vacuo*”.⁴⁶ E, nessa solução casuística, deve-se reconhecer que o princípio da separação se reveste do *status de regra geral*, pesando o ônus argumentativo e probatório *contra* a pretensão de afastá-lo.⁴⁷ Na dúvida, prevalece a separação.

Sem negar a necessidade de ponderação diante de situações e interesses concretos, André Nunes Conti realiza esforço de sistematização para delinear critérios legitimadores da desconsideração atributiva em alguns grupos representativos de situações práticas. Nesse exame, conclui, por exemplo, que a imputação a um ente societário de atos dolosos praticados pelo outro, vide o agravamento intencional do risco segurado (CC, art. 768), pode operar “para cima” (da sociedade para o sócio) ou “para baixo” (do sócio para a sociedade),⁴⁸

Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 140-142. Ressalte-se que outros autores também atribuem, em alguma medida, importância à interpretação das finalidades ou dos escopos das normas para resolver problemas de desconsideração atributiva, como: JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 57-58; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 367 e p. 392.

⁴⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 140-142. Para André Nunes Conti, a necessidade de recorrer ao abuso (ou a outro fato que não a típica proximidade entre entes sociais) para imputar ao sócio dívida ou relação jurídica alheia (da sociedade) não se coaduna com o instituto da desconsideração atributiva. Nesses casos, tratar-se-á da hipótese “típica” de desconsideração da personalidade jurídica regulada no art. 50 do CC, ainda quando não envolva própria ou imediatamente responsabilidade patrimonial (pecuniária), mas imposição, por exemplo de deveres de não fazer, como nas cláusulas de não concorrência (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 147-149). Em sentido diverso, Mariana Pargendler elege como critério distintivo entre os institutos o fato de se tratar de (a) exceção à separação patrimonial ou (b) exceção à separação regulatória, para impor direitos ou deveres de um ente a outro. Todas as hipóteses de imputação de direitos e deveres que não ensejassem exceção à separação patrimonial escapariam, pois, do âmbito da disciplina positiva sobre a desconsideração da personalidade jurídica em nosso ordenamento (CC, art. 50; CDC, art. 28 e LArb, art. 4º, §1º), ensejando um possível problema de desconsideração regulatória ou atributiva (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 576-580).

⁴⁶ A expressão é atribuída por Mariana Pargendler (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 590) a Elvin Remus Latty (Corporate entity as a solvent of legal problems, *Michigan Law Review*, v. 34, n. 5, 1936, p. 597-636. Grifo nosso).

⁴⁷ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 41-42.

⁴⁸ As expressões “desconsideração para cima” e “para baixo” são usadas por André Nunes Conti (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 87). Mariana Pargendler fala em “desconsideração regulatória inversa” (*reverse veil peeking*) para referir a atribuição de fatos relativos à sociedade a seus acionistas, havendo ordinária “desconsideração regulatória” quando certos direitos, deveres e qualidades dos acionistas são atribuídos à pessoa jurídica (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*):

com base no simples poder de controle ou na relevância da participação (por força da qual o sócio seja considerado substancialmente beneficiário da garantia securitária).⁴⁹

Igualmente, nas discussões sobre a imputação de *interesses* de um ente a outro – como em situações de conflito de interesses para exercício do direito de voto (Lei das SA, art. 115, §1º) – evidencia-se para *Conti* a possível suficiência dos critérios de típica proximidade societária (controle e titularidade indireta relevante do patrimônio e dos lucros) para legitimar a desconsideração atributiva, devendo ser eles de todo modo examinados à luz das circunstâncias concretas.⁵⁰

Já no que respeita a atos de manifestações de vontade, *Conti* reputa insuficiente a mera proximidade societária para imputar declarações de vontade de um ente a outro. Eventual extensão da manifestação de vontade normalmente operará por meios outros, que não a declaração atributiva (conforme contornos atribuídos por *Conti* ao instituto), tais como o reconhecimento de uma “declaração tácita por comportamento concludente” ou a “outorga de poderes de representação por tolerância”.⁵¹

Examina-se ainda a hipótese de imputação de *conhecimentos* dos sócios não gerentes à sociedade ou vice-versa – relevante, por exemplo, em discussões sobre vícios redibitórios (CC, arts. 441 a 446). Nos casos envolvendo gerência, o problema de desconsideração atributiva não se apresentaria, porque a doutrina brasileira tende a fundar a imputação de conhecimentos nas regras gerais sobre imputação de circunstâncias do representante ao representado, no âmbito da representação voluntária ou orgânica. Nas demais hipóteses, *André Nunes Conti* entende que a típica proximidade entre entes societários (expressa por poder de controle e titularidade indireta do patrimônio e dos lucros) *não* será suficiente para ensejar a desconsideração atributiva. Nelas, a imputação de conhecimentos dependerá de investigação casuística que leve em conta a forma pela qual o conhecimento é transmitido ou se torna pertinente, as possibilidades concretas de exercício dos direitos de informação e as normas que tratam dos deveres de diligência dos sócios.⁵²

4. O tratamento processual da desconsideração atributiva

Como visto acima, a previsão legislativa do incidente de desconsideração da personalidade jurídica recebeu efusivo apoio de nossa doutrina. Em modelo de processo civil fortemente influenciado por garantias constitucionais, como o brasileiro,⁵³ constitui

função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 738).

⁴⁹ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 104-106. Acerca do tema, cf., também, ADAMEK, Marcelo Vieira von. Imputação de culpa grave em contrato de seguro no âmbito dos grupos de sociedade. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. Coords. *Temas atuais de direito dos seguros*. v. 1. São Paulo: 2020, Revista dos Tribunais, p. 680-694.

⁵⁰ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 163-167.

⁵¹ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 152 e 156-157.

⁵² CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 138-141.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 239.

regra a observância do contraditório prévio e a concessão de oportunidade de defesa antes de atingir o patrimônio de terceiros (CF, art. 5º, incs. LIV e LV).⁵⁴

A partir dessa premissa, grande parte da doutrina vem inclusive sustentando a necessidade de utilização da técnica em outras hipóteses de extensão, *lato sensu*, de responsabilidade patrimonial.⁵⁵

No que respeita à aplicação da desconsideração atributiva, contudo, ordinariamente não se mostrará necessária a utilização do incidente, porque a teoria será empregada como *fundamento* para legitimar a imposição de certa consequência jurídica ao indivíduo que *já figura como parte no processo*.⁵⁶ Nessas hipóteses, não haverá terceiro a ser integrado ao contraditório por via da modalidade interventiva.

Pense-se na demanda voltada à anulação de negócio por erro essencial quanto à pessoa do destinatário da declaração (a sociedade), em que se invoque a desconsideração atributiva para configurar o erro com base em características do sócio. A consequência jurídica pretendida – anulação do contrato – operará em face da sociedade, que participou do negócio e que há de figurar como ré no processo. O sócio – a quem pertencem efetivamente as características que se pretende imputar à sociedade – não é um sujeito “necessário” do contraditório, porque contra ele não se dirigirão os efeitos jurídicos da anulação pretendida.

Idêntico raciocínio aplica-se à hipótese em que determinado corretor de imóveis proponha demanda contra o sócio, parte no contrato de corretagem, para postular o pagamento da remuneração instituída nos arts. 725 e 727 do Código Civil, imputando-se ao réu a celebração do negócio realizado por pessoa jurídica por ele controlada – de modo a configurar a obtenção do resultado previsto no contrato de mediação.

Também é essa a situação verificada no caso de demanda securitária movida contra a (ou pela) sociedade segurada, em que se ponha a questão da desconsideração atributiva para imputar-lhe o agravamento intencional do risco promovido pelo sócio, com vista a reconhecer a perda da garantia (CC, art. 768). Como nenhum efeito jurídico será diretamente projetado pela sentença contra o sócio, não será necessária a sua participação no processo – embora seja plenamente possível a sua oitiva como testemunha ou, eventualmente, a sua participação como assistente da sociedade.

⁵⁴ Por todos, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio Pereira; YARSHELL, Flávio Luiz. Coords. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 317-318; DINIZ, Gustavo Saad; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Responsabilidade patrimonial do sócio, desconsideração da personalidade jurídica e integração processual. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. Coords. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 323-324 e p. 327.

⁵⁵ Nesse sentido, cf.: YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão de responsabilidade patrimonial. In: _____; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. Coords. *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 222-224; BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários aos arts. 133 a 138. In: _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 562-563; CAVAEIRO, Agnon Éricson; RODRIGUES, Álvaro José do Amaral Ferraz. A necessidade de instauração de processo incidental para apuração da extensão da responsabilidade patrimonial a terceiros. *Revista de Processo*, v. 287, jan. 2019, p. 47-70. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 2 e p. 8; ZUFELATO, Camilo. *Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada em relação às pretensões individuais*. 2020. Tese de Titularidade inédita – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020, p. 141-142; SANTOS, Silas Silva. *Redirecionamentos da execução civil: projeções da teoria do objeto litigioso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 129, p. 209-210 e p. 220.

⁵⁶ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 83-84.

É ainda o que se passa quando se busque condenar a sociedade contratante pelo descumprimento de obrigação de não concorrência caracterizado por atos do sócio ou de outro ente societário – caso se reconheça ser essa, efetivamente, hipótese de desconsideração atributiva.

Por outro lado, nos casos em que se pretenda imputar, mediante desconsideração, um direito ou dever a quem não era destinatário originário da norma, virá tal sujeito ao processo desde o início como parte ativa ou passiva, porque dele será (ou contra ele se exercerá) a pretensão.

É o que se verificará quando se objetivar exigir do sócio não contratante o cumprimento de dever de não concorrência assumido pela sociedade, impondo-se diretamente a ele condenação ao cumprimento de um não fazer.⁵⁷ Nesse caso, o sócio, terceiro no negócio jurídico, será diretamente incluído no polo passivo do processo (como litisconsorte da sociedade), porque é contra ele que se dirige a pretensão. Mas não se descarta a admissibilidade de instauração do incidente no curso do processo, quando originalmente o descumprimento fosse da sociedade e depois viesse a ser praticado pelo sócio.

Conquanto já regulada em lei – dispensando pois o emprego do método da desconsideração pelo julgador –, constitui um bom exemplo da hipótese diametralmente oposta, isto é, da imputação de *direito* de um ente a outro, aquela em que a demanda renovatória do contrato de locação celebrado pelo sócio venha a ser proposta pela sociedade, com fundamento no art. 51, §2º, da Lei de Locações.

Figurando já no polo ativo ou passivo do processo o sujeito a quem se pretende sejam dirigidos os efeitos do provimento, com *fulcro* em desconsideração atributiva, bastará a observância do contraditório prévio (CPC, arts. 9º, *caput*, e 10) e, se o caso, da regra da demanda, que requer alegação pela parte dos elementos conformadores da pretensão (CPC, arts. 2º, 141 e 490).

Nas hipóteses em que a desconsideração atributiva consistir em simples *fundamento* para o acolhimento ou rejeição da pretensão (elemento integrante do *eixo lógico* do processo⁵⁸), poderá o julgador extrair dos autos os elementos fáticos pertinentes sem a necessidade de alegação e conhecer de ofício dos fundamentos jurídicos, afastando pontualmente a regra da separação de esferas prevista no art. 49-A do Código Civil, para imputar a um ente societário os fatos e consequências jurídicas atinentes à esfera do outro.⁵⁹

Mesmo nesses casos, por força da garantia constitucional do contraditório e da regra (agora expressa) do art. 10 do Código de Processo Civil, será indispensável conceder às partes a oportunidade de manifestação prévia acerca dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos na aplicação da desconsideração atributiva.⁶⁰

⁵⁷ Todavia, conforme indicado na nota 33 *supra*, parte da doutrina não vê nessas situações a aplicação da desconsideração atributiva.

⁵⁸ Sobre os diversos regimes do aporte fático e jurídico observado nos eixos lógico (fundamentos) e imperativo (demanda e *decisum*), cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*. 2022. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, *passim*. Versão comercial no prelo.

⁵⁹ Para André Nunes Conti, essa será a regra em todas as hipóteses de desconsideração atributiva, aplicando-se sempre o *iura novit curia* para legitimar a aplicação da teoria de ofício pelo julgador (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 84).

⁶⁰ A necessidade de observância do contraditório prévio também é destacada por André Nunes Conti (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-*

Se as partes não tiverem debatido os *aspectos fáticos e jurídicos* envolvidos na desconsideração atributiva, deverá pois o julgador provocar discussão *especificamente* sobre tais questões⁶¹ – como as relativas ao objeto da imputação (atos, conhecimentos, declarações de vontade, interesses ou condições econômicas), à regra a ser aplicada e aos critérios capazes de afastar a norma oriunda do art. 49-A do Código Civil (em especial, poder de controle e titularidade indireta do patrimônio e dos lucros).

Por outro lado, a despeito da enorme dificuldade de diferenciar o que conforma a própria pretensão e o que constitui mero fundamento de seu acolhimento ou rejeição,⁶² deve-se admitir que a desconsideração atributiva eventualmente figure como *causa de pedir* de determinada demanda. Nesse caso, integrará o objeto (litigioso) do processo, a exigir a observância das regras da demanda e da correlação (CPC, arts. 2º, 141 e 492, *caput*).⁶³

5. A desconsideração atributiva como forma de imputação de fatos dotados de efeitos processuais

Identificados os contornos e o tratamento processual do instituto da desconsideração atributiva, observa-se que, entre os diversos fatos, atos e circunstâncias passíveis de imputação da sociedade ao sócio (ou vice-versa), incluem-se possivelmente aqueles dotados de efeitos processuais.

Um primeiro grupo de hipóteses referido pela doutrina é o da imputação, à sociedade, da sede, domicílio ou nacionalidade do sócio, para o fim de definição de competência ou jurisdição em processo envolvendo a sociedade.

No caso *Bank of the United States versus Deveaux*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1809, assentou-se que, para definição da competência da Justiça federal ou estadual norte-americana (conforme tenham as partes domicílio no mesmo Estado federado ou em Estados diversos), deveriam ser considerados como partes, *substancial e essencialmente*, os seus sócios.⁶⁴ Apesar do relevo histórico desse caso no desenvolvimento da teoria da desconsideração atributiva, registra-se que tal critério foi abandonado já desde

versa. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 84) – embora o autor repute tratar-se de questão exclusivamente relativa a fundamento jurídico (quando, para os presentes autores, há também relevantes questões fáticas envolvidas na desconsideração atributiva).

⁶¹ Exigindo a indicação “clara e precisa” da questão a ser objeto de manifestação pelas partes, cf. ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 165.

⁶² Sobre a insuperável discussão quanto à participação da causa de pedir na delimitação da pretensão, cf. a obra clássica de José Rogério Cruz e Tucci (*A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009) e, mais recentemente, a já mencionada obra da coautora deste trabalho (*Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*. 2022. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, esp. p. 49-78).

⁶³ No ponto, discorda-se, portanto, de André Nunes Conti, que, aparentemente, entende ser a desconsideração atributiva sempre um fundamento jurídico, e nunca uma causa de pedir (*Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 83-84).

⁶⁴ Cf. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, n. 13, p. 54; PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 584.

a metade do século XIX, por ensejar facilidade de manipulação e resultados disfuncionais – passando a Suprema Corte a recorrer ao critério do estado de constituição da sociedade.⁶⁵

No que respeita à jurisdição, menciona-se o caso *Daimler AG versus Bauman*, também julgado pela Suprema Corte norte-americana, em que autor de nacionalidade argentina defendeu a possibilidade de promover, nos Estados Unidos, demanda indenizatória contra empresa alemã (por atos praticados por sua subsidiária argentina durante o regime militar), invocando como um dos fundamentos da jurisdição a existência de outra empresa do grupo Daimler, a Mercedes-Benz USA LLC, constituída no estado de Delaware.⁶⁶

A doutrina também alude ao caso COMILOG, julgado pela Corte de Apelação de Paris, em que se reconheceu a jurisdição francesa para apreciar demanda movida por trabalhadores congolese contra a COMILOG, uma companhia mineradora do Gabão, em virtude da nacionalidade francesa de sua maior acionista (ERAMET).⁶⁷

Outra questão objeto de intensa discussão na doutrina, com base em fundamentos diversos, é a possibilidade de imputar, aos sócios, a convenção de arbitragem celebrada pela sociedade, com vista a vinculá-los pessoalmente à jurisdição arbitral. A partir de precedentes da arbitragem internacional, invoca-se às vezes a “teoria dos grupos de sociedades” para afirmar de forma genérica que “a intensa e direta participação” das sociedades de um grupo em tratativas concluídas com a celebração de contrato contendo convenção de arbitragem poderia legitimar o tratamento de tais sociedades como partes na convenção por elas não firmada.⁶⁸ Em outras ocasiões, mencionando-se a própria teoria da desconsideração atributiva, sustenta-se que o “desvirtuamento da personalidade jurídica” representaria expressão do consentimento do não signatário com a arbitragem.⁶⁹

Por trás de tal argumentação, contudo, entende *André Nunes Conti* não se vislumbrar hipótese de desconsideração atributiva, mas outras possíveis figuras, como a “declaração tácita por comportamento concludente” ou a “outorga de poderes de representação por tolerância”.⁷⁰

De todo modo, como ressalva o autor, é no mínimo questionável a compatibilização de tal teoria com a exigência constante da lei brasileira de *forma escrita* para a validade da

⁶⁵ Cf. PARGENDLER, Mariana. Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021, p. 767; PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 585.

⁶⁶ PARGENDLER, Mariana. Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021, p. 767-768. De acordo com a autora, conquanto tal fundamento não tenha sido enfrentado pela Suprema Corte, ele segue sendo invocado em outros casos a partir da construção elaborada pelo autor dessa demanda.

⁶⁷ PARGENDLER, Mariana. Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021, p. 768-769.

⁶⁸ Sobre o desenvolvimento da teoria dos “grupos de sociedades” para vinculação de não signatários à convenção, cf.: JABARDO, Cristina Saiz. “*Extensão*” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 125 p.; GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 170-174; COUTINHO, Renato Fernandes. *Convenção de arbitragem – vinculação de não signatários*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 107-115; CONTI, André. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 156.

⁶⁹ Cf. FERRAZ, Renato de Toledo Piza. *Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem*. 2022. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 320, 353, 355 e 369.

⁷⁰ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 156.

convenção arbitral (LArb, art. 4º, §1º).⁷¹ Em sentido semelhante, a coautora deste trabalho já criticou o entendimento doutrinário que admite a extensão da convenção a terceiro não signatário, ao argumento de que se poderia seccionar a *estipulação de convenção de arbitragem* (para a qual o art. 4º, §1º da Lei n. 9.307/1996 requer a *forma escrita*) em dois supostos atos dotados de requisitos diversos: a enunciação escrita dos termos da convenção e a adesão por qualquer forma a tal enunciação.⁷²

Resta, de todo modo, a discussão sobre a possibilidade de *imputar* a manifestação escrita de vontade, emitida pela parte da convenção arbitral, a sócio ou sociedade relacionados à signatária, com fundamento em desconsideração atributiva. A questão é desafiadora e escapa aos limites deste trabalho. Para André Nunes Conti, em coerência com sua visão geral acerca da impossibilidade de utilizar a teoria (com os estritos contornos que o autor lhe atribui) para a atribuição de atos de manifestação de vontade, não serve a desconsideração atributiva a esse fim. Em especial, entende o autor que os arts. 3º e 4º, *caput*, e §1º, da Lei n. 9.307/1996 atribuem significativa importância à figura específica da pessoa que, por meio de declaração de vontade *própria*, manifesta a intenção de submeter a solução de *seus litígios* ao juízo arbitral. Portanto, parece a Conti inviável extrair o objetivo extremo de renúncia à jurisdição estatal a partir da influência que porventura os sócios exerçam sobre a celebração de convenção de arbitragem *pela sociedade*.⁷³

Outra hipótese de desconsideração atributiva relacionada a efeitos processuais seria a imputação, à sociedade, das condições econômicas do sócio, para examinar o direito à gratuidade de justiça postulado pela pessoa jurídica, nos casos em que esta seja apenas uma “instância parcial das atividades desenvolvidas pelo seu sócio (por exemplo, quando se trata de uma subsidiária integral no contexto de grupo econômico)”.⁷⁴

Por fim, hipótese extremamente intrigante, relacionada à presente investigação, é a da imputação ao sócio da prévia propositura de demanda formalmente ajuizada pela sociedade, de modo a estender-lhe os efeitos da litispendência e da coisa julgada.

Para André Nunes Conti, embora o óbice ao ajuizamento de demandas em razão da litispendência e da coisa julgada constitua consequência gravosa, limitadora do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, o princípio da separação de esferas não poderia

⁷¹ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 156-157.

⁷² Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Persuasão racional e prova documental na arbitragem brasileira, *Revista de processo*, v. 321, nov. 2021, p. 395-424. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 7. Como destacado naquela sede, questão diversa é definir, diante do avanço das comunicações eletrônicas, quais formas de manifestação podem reputar-se escritas.

⁷³ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 157-158. No mesmo sentido, mas de modo mais sucinto, cf. XAVIER. Rafael Branco. A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. XVII, n. 66, p. 35-66, 2020, esp. p. 48. Sem recusar os efeitos que a desconsideração atributiva produziria, submetendo a parte não signatária à convenção arbitral, Guilherme Recena Costa reputa tal teoria supérflua, diante de outros institutos mais bem desenvolvidos na doutrina e jurisprudência arbitral, como o da boa-fé objetiva, a teoria dos atos próprios e o *equitable estoppel* (*Partes e terceiros na arbitragem*. 2015. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147).

⁷⁴ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 193.

servir “para duplicar o direito dos sócios de defender em juízo seus interesses”.⁷⁵ Assim, ressalvadas situações específicas, seria razoável vedar a propositura de nova demanda:

“[q]uando os sócios que o desejam fazer (presumivelmente) já participaram concretamente, de modo indireto, da demanda anterior, ou quando a sociedade que o deseja fazer vá apenas repetir uma tentativa de defender interesses dos sócios que já tiveram a oportunidade de fazê-lo”.⁷⁶

Com isso, seria impedida a *repetição* da demanda, em situações de exercício de controle especialmente intenso pelo sócio ou naquelas em que ele tenha interferido diretamente na tomada de decisão determinante do ajuizamento da demanda anterior. A hipótese inversa, de imputação da propositura da demanda pelo sócio à sociedade, apenas seria possível, de acordo com *Conti*, nos casos em que sua participação na sociedade beirasse os 100%.⁷⁷

Tanto quanto se passa nos demais casos de desconsideração atributiva, também nos de imputação de efeitos processuais seria sempre necessário, segundo referido autor, examinar as circunstâncias concretas para avaliar a existência de lacunas no direito positivo diante da teleologia da norma em questão, confrontando-se os valores tutelados pela norma resultante de tal interpretação teleológica e pela regra da separação de esferas jurídicas.

A tarefa não é fácil, porque *identificar lacunas de acordo com a teleologia das normas* traduz, muitas vezes, a prevalência da vontade do intérprete sobre o conteúdo minimamente objetivo da disposição instituída pelo poder competente. Ou seja, é grande o risco de arbítrio ao empregar o método de interpretação teleológica.

E, conquanto a interpretação seja uma etapa inexorável na operação do direito, a envolver sempre alguma margem de interferência do intérprete,⁷⁸ compreende-se que uma das funções essenciais do ordenamento jurídico é gerar previsibilidade e, pois, segurança, mediante consensos intersubjetivos. Portanto, requer-se muita cautela com interpretações que se descolam em demasia da semântica e da sintática, (re)construindo normas a partir do que determinado sujeito reputa ser a teleologia dos enunciados positivados.

Em especial, sendo o processo instrumento de solução de controvérsias, não é desejável que se detenha em discussões abertas, refinadas e infundáveis sobre a produção de efeitos processuais. O ideal – nem sempre atingível na contemporaneidade – é que

⁷⁵ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 123.

⁷⁶ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 123.

⁷⁷ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 120-125. O autor refere, de forma crítica, julgado do TJSP (AI n. 2270793-48.2020.8.26.0000, 2ª Câmara. Dir. Emp., rel. Des. Araldo Telles, j. 26.10.2021) em que se determinou a extinção de processo, por litispendência, por força de anterior demanda ajuizada por sociedade relacionada de forma tênue com a que ingressara pela segunda vez em juízo (com demanda, ademais, dotada de objeto diverso). Interessante observar que Conti – para quem a desconsideração atributiva não é ordinariamente compatível com a imputação de declarações de vontade – não considera a possível configuração da *demand*a como ato de *manifestação de vontade* (conforme defendido pela coautora e por farta doutrina em outro trabalho referida: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*. 2022. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, esp. p. 33-40).

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 31-40.

as normas processuais sejam o mais claras possível, deixando a maior área do campo do debate interpretativo para os próprios conflitos de interesses que requerem solução mediante o processo.

Também é preciso considerar que a averiguação da teleologia de determinada norma requer necessariamente o exame do sistema em que ela se insere. No processo civil, para além dos aspectos usualmente mencionados pela doutrina de direito material em discussões sobre desconsideração (com destaque ao incentivo à livre iniciativa⁷⁹ e à proteção dos interesses dos credores⁸⁰), outros valores, de índole constitucional, exercem papel fundamental na teleologia das normas, tais como segurança jurídica, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, igualdade e eficiência.

Embora não se repete com isso definitivamente afastada a teoria da desconsideração atributiva do campo processual, parecem necessários cautela e juízo crítico redobrados no exame da viabilidade de sua aplicação por processualistas.

6. A desconsideração atributiva pode ser usada para limitar a defesa no incidente de desconsideração, devido às preclusões operadas contra a parte originária?

À luz das considerações feitas nos itens anteriores, poderia a desconsideração atributiva ser usada, de *lege lata*, como fundamento teórico para a limitação da amplitude da defesa no incidente de desconsideração, por força da imposição ao sócio das estabilidades incidentes sobre a sociedade (ou vice-versa)?

Conforme esclarecido no item 2, *supra*, parte-se da premissa de que sócio e sociedade não podem ser tratados nem como a mesma pessoa jurídica, nem como sucessor e sucedida. Em princípio, pois, deve-se assegurar a ampla defesa daquele que, não tendo participado do contraditório, não se encontra alcançado pela estabilidade da coisa julgada. A separação de esferas e a ampla defesa são, portanto, a regra.

É inegável, contudo, o incômodo em permitir a “rediscussão do mérito” pela pessoa que, conquanto formalmente não se identifique com o sujeito que figurara como parte, *substancialmente* participou do processo. Quando o sujeito contra quem o incidente vem a ser dirigido é o mesmo sócio que contratou advogados, outorgou procuração, participou da elaboração de defesa, depôs como representante *etc.*, questiona-se se a possibilidade de verdadeira “duplicação” da defesa não representaria uma afronta à paridade de armas e à segurança jurídica decorrente da estabilidade das decisões.

Diante dessa situação, parte da doutrina propõe solução casuística, que tangencia a teoria da desconsideração atributiva – sem, todavia, fazer referência ao instituto. *Leonardo Greco*, como visto, afirma que, em caso de *abuso muito intenso* da personalidade jurídica, nos

⁷⁹ Mariana Pargendler apresenta de forma bastante detalhada os benefícios advindos da separação de esferas e patrimônios, especialmente da perspectiva das sociedades anônimas, referindo, por exemplo, a livre circulação de ações, a liquidez, o mercado de controle societário e a própria viabilidade de empresas com muitos acionistas, ao proporcionar estabilidade e previsibilidade de regime jurídico (Apontamentos sobre a desconsideração regulatória da personalidade jurídica (*veil peeking*): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 580-581).

⁸⁰ Cf. CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 34 e p. 37-38; ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 140-142.

quais se vislumbra que sociedade e sócio “são a mesma pessoa, com dois nomes ou duas fachadas diferentes”, deve-se admitir que este fique alcançado por preclusões operadas contra aquela.⁸¹

Marcelo Abelha Rodrigues também admite a extensão das estabilidades em casos de “identidade de pessoas”, caracterizada nas hipóteses de empresas individuais ou de sócio administrador e representante da sociedade.⁸²

Por outra via, ao tratar dos intitulados “sujeitos processuais ocultos”, Sofia Temer sustenta que alguém poderá reputar-se substancialmente parte de processo que formalmente não integrava, inclusive para se sujeitar a estabilidades processuais, quando presentes três elementos: (a) a ciência do litígio; (b) a existência de interesses (*lato sensu*) no processo e (c) o controle da atuação dos sujeitos aparentes (relevante ingerência quanto a decisões estratégicas, contratação de equipe jurídica, definição de parâmetros para transação, prática de atos processuais etc.), eventualmente configurando “representação virtual”.⁸³

Tais ideias, somadas aos ricos aportes teóricos acima vistos, instigam a defesa da tese de que a solução para a delimitação da defesa do sócio no incidente de desconconsideração poderia ser dada pela aplicação do método da desconconsideração atributiva.

Por meio dele, seria possível reconhecer as *regras gerais* da separação de esferas jurídicas (CC, art. 49-A) e da limitação dos efeitos desfavoráveis das estabilidades àqueles que figuraram como parte no processo (CPC, art. 506), mas, *em certas e determinadas situações, imputar ao sócio os efeitos decorrentes da prática de atos de defesa pela sociedade, de modo a sujeitá-lo às estabilidades obstativas da renovação de tais oportunidades defensivas*.

Como de certo modo percebido por Flávio Luiz Yarshell, o resultado seria a imposição de uma espécie de substituição processual,⁸⁴ ao mesmo tempo *ad hoc* e *ex post*.

Decerto, a finalidade do princípio da separação estatuído no art. 49-A do Código Civil não é duplicar o direito dos sócios de defender seus próprios interesses,⁸⁵ até porque essa permissão violaria nitidamente a paridade entre as partes, assegurada de forma ampla no art. 5º, *caput*, da Constituição e, de maneira expressa, no art. 7º do Código de Processo Civil.

Em sintonia com essa perspectiva teleológica, também se poderia dizer que a norma extraível do art. 135 do Código de Processo Civil não visa a autorizar a rediscussão de matérias antigas por sujeitos que já puderam fazê-lo de maneira mediata. Ao contrário, tal norma busca impedir o atingimento da esfera patrimonial de indivíduos que nunca atuaram no processo, sem que antes se lhes faculte o exercício do contraditório.

Nessa linha de raciocínio, pareceria plausível, *de lege lata*, usar os aportes da teoria da desconconsideração atributiva a fim de, em certos casos, imputar ao sócio os atos, oportunidades e efeitos processuais pertinentes à esfera da sociedade, entre os quais as estabilidades

⁸¹ GRECO, Leonardo. Comentários aos arts. 797 a 823. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XVI. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 189.

⁸² RODRIGUES, Marcelo Abelha. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações: introdução ao estudo sistemático da responsabilização patrimonial*. Indaítuba: Foco, 2023, p. 194.

⁸³ TEMER, Sofia. TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, n. 7.2, p. 418-420, 425 e 428.

⁸⁴ YARSELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 238.

⁸⁵ CONTI, André Nunes. *Desconconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 123.

incidentes sobre o reconhecimento do débito. Com isso, a defesa de tal sujeito ficaria limitada apenas aos pressupostos da desconsideração e às demais matérias ainda passíveis de invocação contra a execução forçada.

O principal critério apto a legitimar tal imputação seria o *controle da atuação da sociedade no processo* (indicados, por exemplo, pelo exercício da função de administrador, a contratação dos serviços advocatícios para a defesa da sociedade, a assinatura de procuração específica para patrocínio da demanda etc.), possivelmente associado à *relevante participação societária*.

Trata-se, como se vê, de elementos diversos daqueles que justificam a própria desconsideração para fins de imposição de responsabilidade patrimonial. Assim, a título de ilustração, mesmo que haja aparente motivo para a responsabilização patrimonial de sócios já egressos da sociedade ao tempo do processo ou de sócios não participantes da administração – pense-se nas situações de aplicação da chamada “*teoria menor*” – não seria em princípio possível limitar a defesa desses indivíduos no incidente de desconsideração mediante a aplicação da desconsideração atributiva, pois ausentes os elementos que justificam a imputação dos próprios atos e efeitos *processuais*.

Eventual abuso da pessoa jurídica *praticado no processo*, conquanto não essencial, serviria no máximo a reforçar a prevalência, em concreto, dos valores da segurança jurídica e da igualdade – tutelados pela aplicação da desconsideração atributiva – sobre o princípio da separação de esferas jurídicas e a ampla defesa a ele vinculada.

Nunca haveria de todo modo fórmula única e mágica para dirimir todos os problemas de desconsideração atributiva.⁸⁶ E sempre se deveria fazer recair os ônus argumentativo e probatório sobre a pretensão de negar a separação de esferas, resolvendo-se a maioria das situações, entre as quais as de dúvida, em favor do direito à ampla defesa do réu da desconsideração.

Tudo isso seria decidido após contraditório prévio no incidente de desconsideração, em que se discutiria a *desconsideração atributiva como justificativa para não conhecer de determinados fundamentos de defesa*, afirmando-se quanto a eles a existência de preclusão (inclusive a decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada – CPC, art. 508).

A solução parece, de fato, lógica e razoável.

Todavia, como visto no item anterior, ela esbarra no grave inconveniente de trazer para o curso do processo discussão complexa e casuística sobre o próprio funcionamento do método de solução de conflitos – cuja missão precípua é servir de instrumento ao direito material e à pacificação.

Ou seja, além de discutir os elementos materiais envolvidos no conflito, os sujeitos do contraditório teriam que se empenhar em debater a refinada – e não positivada – teoria da desconsideração atributiva, para definir quais das matérias de defesa poderiam ser levadas em conta no julgamento da responsabilização patrimonial do réu do incidente.

Pior. A aplicação da desconsideração atributiva apenas teria efetivo relevo quando o sócio tivesse deduzido defesa no incidente de desconsideração apta a demonstrar a ilegitimidade da execução. Não conhecer de defesa inócua é tarefa simples. Difícil é ignorar defesa aparentemente fundada, ao argumento de que ela já se encontra alcançada por

⁸⁶ CONTI, André Nunes. *Desconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 48.

preclusão originariamente dirigida a outra parte. O dilema não será, pois, apenas entre uma estabilidade e uma *oportunidade* de defesa, mas entre uma estabilidade e uma aparente *injustiça*.

Diante desse quadro, entende-se que a teoria da desconsideração atributiva, nos moldes delineados pela doutrina e expostos neste artigo, não detém respaldo para excepcionar, sem base legal expressa, a observância de garantias constitucionais abarcadas no *due process of law* e outras regras processuais estruturadas sobre o princípio da separação (CC, art. 49-A). Entre elas, o art. 18, *caput*, que requer previsão legal para legitimar a substituição processual, e o art. 506, que limita os efeitos prejudiciais da coisa julgada às partes.

Não se crê, ademais, que os benefícios advindos de sua aplicação, na forma em que vem sendo defendida pela doutrina material, superariam os prejuízos relativos à maior ineficiência do método de solução de conflitos (decorrente do adensamento da discussão no incidente de desconsideração, que passaria a alcançar intrincados elementos atinentes à desconsideração atributiva) e à manutenção de erros judiciais (uma vez que não seria conhecida defesa eventualmente apta a elidir o débito formado contra a sociedade).

Mais adequado, portanto, é seguir aplicando o princípio da separação de esferas, para conferir a cada um dos entes societários as oportunidades prévias de participação e defesa constitucionalmente asseguradas diante da pretensão de expropriação de seus bens, ainda quando o fundamento da invasão patrimonial seja a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para a extensão da responsabilidade.

De lege ferenda, no entanto, é possível reconhecer *problemas* de desconsideração atributiva em certos casos de extrema proximidade entre entes societários e, a partir deles, *positivar* regra limitadora da defesa do réu no incidente de desconsideração, com base nas oportunidades que tenham sido oferecidas ao sujeito – sócio ou sociedade – que originariamente figurou como parte.

Com isso, evitar-se-iam os custos de eficiência envolvidos na tarefa excessivamente aberta de aplicação teleológica das normas processuais disciplinadoras da defesa e das estabilidades, ao mesmo tempo em que se removeriam os incômodos associados à possível quebra de paridade, pela sensação de “duplicação de defesa”, em situações de grande proximidade entre entes societários chamados a participar do processo.

7. Conclusões

O sistema processual brasileiro evoluiu, sem dúvida, com a regulação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil. Apesar disso, segue desafiando processualistas a questão da abrangência da defesa do sujeito – sócio ou sociedade – alcançado pelo incidente de forma tardia, especialmente quando já em curso a execução definitiva.

Tomando como premissa a separação das esferas jurídico-processuais dos entes societários, mas reconhecendo o incômodo da “duplicação de defesas” em situações de extrema proximidade, propôs-se o presente artigo a discutir o possível uso da *teoria da desconsideração atributiva* para imputar atos e efeitos processuais de uma esfera jurídica a outra e, com isso, limitar o âmbito da defesa do sujeito demandado no incidente.

Apresentadas as interessantíssimas bases teóricas de tal teoria – inconfundível com a construção relativa à desconsideração para fins de extensão de responsabilidade patrimonial

– e examinadas suas projeções processuais, o artigo se deteve na análise da forma com que a desconsideração atributiva da personalidade jurídica poderia ser aplicada para, em certos casos, imputar ao sócio os efeitos da participação em contraditório da sociedade.

Nessa linha, diante das finalidades do princípio da separação (CC, art. 49-A) e das regras processuais disciplinadoras da defesa, pareceria lógico e razoável sustentar, por exemplo, a imputação a sócios controladores e administradores, responsáveis pela contratação de serviços advocatícios em prol da sociedade e pela assinatura de procuração específica, os efeitos decorrentes da defesa oferecida pela sociedade ou até mesmo de sua inércia (revelia), preservando as estabilidades sedimentadas em momentos anteriores do processo.

Legitimar-se-ia assim a ideia, encontrada em parte da doutrina, de limitação da defesa do réu no incidente de desconsideração, em casos de grande proximidade entre entes societários, por força da extensão a esse sujeito das estabilidades operadas contra a parte que já tivesse se defendido (ou tido a oportunidade de se defender) anteriormente.

Apesar da elegância da tese, chegou-se, contudo, à conclusão de que, sem disposição legal, não se pode excepcionar as garantias constitucionais e legais da ampla defesa e do contraditório, estruturadas sobre o princípio da separação. Ressalvadas as hipóteses de substituição processual disciplinadas em lei, *a cada sujeito se assegura o devido processo legal para a defesa de sua própria esfera jurídica, ainda quando o fundamento para a invasão patrimonial seja a desconsideração da personalidade jurídica com vista à extensão de responsabilidade*. Sem base legal expressa, não se pode deixar de conhecer de defesa do sócio, sobretudo daquela apta a fulminar a execução, ao argumento de que ele já teria tido a oportunidade de se defender “através” da sociedade.

A solução adequada é positivar, a partir da identificação de *problemas* de desconsideração atributiva – ou seja, de hipóteses de extrema proximidade societária em que se repete ameaçada a paridade de armas entre credor e devedor(es) pela possibilidade de “duplicação da defesa” –, norma imputando os efeitos da (oportunidade de) participação de um sujeito a outro, de modo a limitar a defesa do réu no incidente de desconsideração pelas preclusões dirigidas ao ente que tenha originariamente figurado como parte. Com isso, será possível resolver, com previsibilidade, a tensão entre o princípio da igualdade e o da ampla defesa, nas situações em que não se justifique a incidência da norma de separação de esferas jurídicas no âmbito processual.

Referências bibliográficas

ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito processual societário: comentários breves ao CPC/2015*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

_____. Imputação de culpa grave em contrato de seguro no âmbito dos grupos de sociedade. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. Coords. *Temas atuais de direito dos seguros*. São Paulo: 2020, Revista dos Tribunais, p. 680-694. v. 1.

ALMEIDA FILHO, Eduardo Baptista Vieira de. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. 2020. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela Andrade. A obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 977, mar. 2017, p. 393-415. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1-12.

- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. II. t. I.
- BATISTA CINTRA, Lia Carolina. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 8, n. 1, jan./mar. 2016, p. 185-238.
- _____. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Sucessão de empresas e desconconsideração da personalidade jurídica. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio Pereira; YARSHELL, Flávio Luiz. Coords. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 447-459.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconconsideração judicial da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 23, jan./jun. 2009, p. 232-249. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1-9.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários aos arts. 133 a 138. In: _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 572-574. v. I.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.
- BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. 2017. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- CAMPOS, Renato Luiz Franco de. *Desconconsideração da personalidade jurídica: limitações e aplicações no direito de família e sucessões*. 2014. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.
- CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. *O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: as diferentes funções de um mesmo mecanismo processual*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- CAVAEIRO, Agnon Éricon; RODRIGUES, Álvaro José do Amaral Ferraz. A necessidade de instauração de processo incidental para apuração da extensão da responsabilidade patrimonial a terceiros. *Revista de Processo*, v. 287, jan. 2019, p. 47-70. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1-15.
- CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual de desconconsideração da personalidade jurídica: atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial e reflexos no processo civil brasileiro*. Londrina: Thoth, 2021.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 36, 1992.
- COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2013. Versão eletrônica disponível em Minha Biblioteca.
- CONTI, André Nunes. *Desconconsideração atributiva no direito privado: a imputação de fatos da pessoa jurídica aos seus membros e vice-versa*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

COSTA, Guilherme Recena. *Partes e terceiros na arbitragem*. 2015. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COUTINHO, Renato Fernandes. *Convenção de arbitragem – vinculação de não signatários*. São Paulo: Almedina, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. In: _____; MAZZEI, Rodrigo. Coords. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 159-177.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

DINIZ, Gustavo Saad; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Responsabilidade patrimonial do sócio, desconsideração da personalidade jurídica e integração processual. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. Coords. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 316-328.

FERRAZ, Renato de Toledo Piza. *Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem*. 2022. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GRAU, Eros Roberto. Princípios, a (in)segurança jurídica e o magistrado. *Revista Amagis Jurídica*, n. 7, ago. 2019, p. 1-9.

GRECO, Leonardo. Comentários aos arts. 797 a 823. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Nunes da. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2020. v. XVI.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

JABARDO, Cristina Saiz. *“Extensão” da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários*. 2009. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*. 2022. Tese de Livre-docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. Versão comercial no prelo.

_____. Persuasão racional e prova documental na arbitragem brasileira, *Revista de processo*, v. 321, nov. 2021, p. 395-424. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1-25.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LONGO, Caricielli Maísa. *Natureza jurídica da decisão que julga a desconconsideração da personalidade jurídica no processo civil: extensão e limites*. 2018. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

MARTINS, Guilherme Rossini. *A desconconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais*. 2019. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. Obrigação de abstenção do direito de preferência: violação do direito de crédito por “terceiro cúmplice” e desconconsideração da personalidade jurídica. In: GOUVÊA, Carlos Portugal et. al. *Orgs. Fusões e aquisições: pareceres*. São Paulo: Almedina, 2022.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Responsabilidade executiva secundária: a execução em face do sócio, do cônjuge, do fiador e afins*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Litisconsórcio no processo de execução*. 2001. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

NETO, Carmine de Siervi. *A evolução da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2005. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PARGENDLER, Mariana. Apontamentos sobre a desconconsideração regulatória da personalidade jurídica (veil peeking): função e critérios. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 573-594.

_____. Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 169, 2021, p. 717-781.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 58, n. 410, dez. 1969, p. 12-24.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; SANTOS, Júlio César Guzzi dos. A extensão das matérias de defesa no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019, p. 73-92. Versão eletrônica disponível em Thomson Reuters Legal One, p. 1-11.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. *Desconconsideração da personalidade jurídica*. 2019. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A desconconsideração da personalidade jurídica e os 18 anos do Código Civil. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Coords. *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 595-609. v. 1.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento das obrigações: introdução ao estudo sistemático da responsabilização patrimonial*. Indaiatuba: Foco, 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a coisa julgada: quais os seus limites? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Coords. *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 359-371.

SANTOS, Júlio César Guzzi dos. *A defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SANTOS, Silas Silva. *Redirecionamentos da execução civil: projeções da teoria do objeto litigioso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, João Paulo Hecker da. Desconsideração da personalidade jurídica e sucessão: consequências sobre a posição jurídica do terceiro em cada hipótese em relação aos seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais. In: TALAMINI, Eduardo et al. Coords. *Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 461-487.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. I.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio Pereira; YARSHELL, Flávio Luiz. Coords. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 317-331.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Comentários aos arts. 1º a 12. In: _____ et al. Coords. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 1-24.

_____. Comentários aos arts. 485 a 538. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Coords. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. VIII.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

XAVIER, Rafael Branco. A desconsideração na arbitragem? O consentimento atrás do véu, *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. XVII, n. 66, p. 35-66, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Coords. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 229-241.

_____. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC 2015: aplicação a outras formas de extensão de responsabilidade patrimonial. In: _____; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio. Coords. *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 213-224.

ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

_____. *Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada em relação às pretensões individuais: um estudo sob a perspectiva da ampliação da participação dos sujeitos no processo*. 2020. Tese de titularidade inédita – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

Mate quatro e pague três: a violação da Constituição na aplicação do crime continuado aos delitos dolosos contra a vida

Décio Viégas de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Continuidade delitiva e os crimes dolosos contra a vida. 3. Aplicação do crime continuado em outros crimes. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que o emprego do instituto jurídico do crime continuado para o cálculo da pena a ser aplicada no caso de concurso de crimes dolosos contra a vida cria no ordenamento jurídico uma situação de proteção deficiente do direito fundamental à vida, o que desencadeia na não recepção constitucional dessa hipótese de aplicação da norma legal.

Abstract

This article seeks to demonstrate that the use of the legal institute of continued crime to calculate the penalty to be applied in the case of intentional crimes against life creates in the legal system a situation of deficient protection of the fundamental right to life, resulting in the constitutional non-reception of this hypothesis of application of the legal norm.

Palavras-chave: Crime continuado. Proteção deficiente. Direito à vida. Crimes dolosos contra a vida. Direito constitucional. Direito processual penal.

Keywords: *Continued crime. Deficient protection. Right to life. Intentional crimes against life. Constitutional law. Criminal procedural law.*

1. Introdução

O crime continuado vem previsto no nosso código penal como uma das formas de aplicação de pena quando da ocorrência do chamado concurso de crimes, ou seja, quando um agente ou um grupo de agentes cometem dois ou mais crimes mediante a prática de uma ou várias ações.

Segundo a doutrina especializada, nosso Código Penal adotou a teoria da ficção jurídica do crime continuado, que “sustenta que a unidade que existe no crime continuado é resultante de uma criação legal para a imposição de uma pena quando, em verdade, existem vários crimes”¹

* Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ JÚNIOR, Ney Fayet. *Do Crime Continuado*. Porto Alegre: 4ª ed., Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

Dessa forma, para fim de aplicação de pena, optou o legislador por tratar a situação descrita no art. 71 do Código Penal, que trata da prática de vários atos típicos, como se fosse somente um delito.²

O *caput* do artigo prevê os seguintes requisitos para a configuração da chamada continuidade delitiva: (1) dois ou mais crimes de mesma espécie praticados mediante mais de uma ação ou omissão; e (2) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes que permitam se concluir que os crimes subsequentes foram cometidos como continuação do primeiro.

Nesse caso, estipula o código que será aplicada a pena de somente um dos crimes, a mais grave, ou qualquer delas caso todas iguais, com a incidência da fração de aumento de um sexto a dois terços.

Por fim, prevê-se no parágrafo único do art. 71 a faculdade de o juiz aplicar o aumento da pena até o triplo, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, caso estejam reunidas certas condições: (1) tratar-se de crime doloso; (2) praticado contra vítimas diferentes; (3) com violência ou grave ameaça à pessoa

A redação original do Código Penal de 1940 trazia a previsão do crime continuado no §2º de seu artigo 51, com praticamente a mesma redação do atual *caput* do art. 71 do mesmo diploma, ou seja, não havia menção à hipótese especial de aumento de pena hoje prevista no parágrafo único do artigo 71.

Antes da introdução da referida hipótese, que se deu com a reforma do código de 1984, muito se discutia na doutrina e na jurisprudência se a continuidade delitiva era aplicável ou não aos casos de crimes dolosos contra a vida.

A posição firmada pela maioria da jurisprudência nacional durante muito tempo era no sentido de que a aplicação do crime continuado deveria se dar de forma distinta a depender de se os delitos considerados ofendiam bens jurídicos de caráter impessoal (como o patrimônio, por exemplo) ou bens jurídicos de caráter personalíssimo (como, vida, liberdade, integridade física etc.).

Para o primeiro grupo de crimes, se exigia que os ataques, em cada caso, ofendessem o mesmo bem jurídico, não se exigindo identidade de sujeito passivo. Na segunda hipótese, todavia, além de se exigir que os crimes incidissem sobre o mesmo bem jurídico, era necessário também que o lesado fosse a mesma pessoa.³⁻⁴⁻⁵

Logo, seguindo essa linha de entendimento, entendia-se, por exemplo, que, tendo sido praticados vários abusos sexuais contra a mesma pessoa, o instituto poderia incidir, o que não ocorreria caso os referidos abusos fossem praticados contra pessoas diversas.

Nesse sentido, explica Nelson Fayet Jr. que:

A exigência de identidade de sujeito passivo quando se tratasse de lesão a bens jurídicos de caráter pessoal decorria do entendimento de que

² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: 1ª ed., GZ Editora, 2015, p. 849.

³ STF - RE: 86823 SP, Relator: XAVIER DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 03/04/1979, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/04/1979.

⁴ STF - RE: 91413 SP, Relator: DJACI FALCÃO, Data de Julgamento: 18/09/1979, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/10/1979.

⁵ STF - RE: 91563 SP, Relator: RAFAEL MAYER, Data de Julgamento: 05/02/1980, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/02/1980.

todo bem jurídico que não pode ser atingido, da mesma forma, mais de uma vez (aqueles indivisíveis), estaria fora de alcance das regras do delito continuado, porque esse instituto pressupõe, conceitualmente, a repetição de ações contra o mesmo bem jurídico (assim, não seriam suscetíveis de continuação, por exemplo, o homicídio consumado e a [hoje atípica ação de] sedução consumada).⁶

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal, embora admitisse a aplicação da continuidade delitiva para crimes patrimoniais, como por exemplo o crime de roubo, editou a Súmula 605, que previa sua inadmissibilidade nos crimes contra a vida.

Posteriormente, com a reforma do Código Penal de 1984, que trouxe no parágrafo único do artigo 71 a previsão expressa do cabimento do crime continuado para os crimes dolosos, praticado contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa, entendeu o STF que restou superada sua jurisprudência, tendo a corte aceitado desde então a possibilidade de aplicação da figura do crime continuado para os casos de crimes que visem proteger bens personalíssimos e que tenham sujeitos passivos distintos, o que inclui os delitos dolosos contra a vida.⁷⁻⁸⁻⁹

Com a devida vênia, ousamos discordar do entendimento adotado pela STF, pois, embora entendamos que o art. 71 do Código Penal e seu parágrafo único foram recepcionados pela CRFB/88, a regra legal carece de ser submetida a um processo de filtragem constitucional que lhe dê uma interpretação conforme a Constituição reconhecendo a contrariedade à norma constitucional na sua aplicação para os casos de crimes dolosos contra a vida.

2. Continuidade delitiva e os crimes dolosos contra a vida

Em 23 de outubro de 2007, cinco jovens entre 14 e 21 anos foram mortos a tiros por dois traficantes em um mirante no bairro de Vossoroca, na cidade de Votorantim, interior de São Paulo. Segundo apurado nas investigações, um grupo de oito adolescentes estava no local quando foram surpreendidos pelos autores dos delitos, que os mandaram deitarem-se no chão e atiraram contra os mesmos. Três dos jovens sobreviveram.

A motivação do crime, segundo narrado pelo Ministério Público de São Paulo, foi o fato de que a constante presença do grupo no local estaria atrapalhando o movimento do tráfico de drogas.¹⁰

Em outro episódio, este mais conhecido, ocorrido na noite de 29 de agosto de 1993, 21 pessoas inocentes foram mortas por policiais militares na favela de Vigário Geral,

⁶ JÚNIOR, Ney Fayet, *op cit.*, p. 238.

⁷ STF - HC: 77786 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/10/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-02-2001 PP-00074 EMENT VOL-02017-02 PP-00418.

⁸ STF - HC: 89786 RJ, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 27/03/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00047 EMENT VOL-02279-03 PP-00569.

⁹ STF - HC: 93367 RJ, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 11/03/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-04 PP-00986.

¹⁰ MARTINS, Júlia. Chacina de Votorantim: famílias de jovens falam sobre crime que chocou a cidade e 15 anos de luto. *G1*, 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2022/10/21/chacina-de-votorantim-familias-de-jovens-falam-sobre-crime-que-chocou-a-cidade-e-15-anos-de-luto.ghtml>>. Acesso em: 28 de agosto de 2024.

na Zona Norte do Rio de Janeiro, naquela que ficou conhecida como a chacina de Vigário Geral. Segundo apurado, os crimes foram praticados por vingança, após a morte de quatro policiais militares por traficantes locais.

Entre as absurdas execuções que se sucederam nesse cenário de barbárie e carnificina, narra o jornalista William Helal Filho que:

(...) a pior cena de toda essa noite revoltante foi deixada na casa de uma família de evangélicos em frente ao Bar do Caroço, onde oito pessoas, todas elas inocentes, foram mortas pelos policiais com sede de vingança. Eles invadiram a residência e chacinaram o vigia Gilberto Cardoso dos Santos, sua mulher, Jane, e seus cinco filhos: Luciano, Lucinéia, Lucia, Luciene e Lucinete, com idades de 15 a 33 anos, além de uma nora do casal, a jovem Rúbia, de 18 anos. Segundo investigações, os PMs decidiram matar a família por “queima de arquivo”, após um deles entrar na casa sem capuz na cabeça.¹¹

Em um terceiro caso, que transcorreu na madrugada de 28 de agosto de 2023, em Mata de São João, município pertencente à região metropolitana de Salvador, quatro criminosos armados entraram em uma casa de família com 11 pessoas com a intenção de matar um homem que seria ex-namorado da atual namorada de um deles. Na ação criminosa executaram 10 pessoas que estavam na casa e mais duas vizinhas que acolheram uma das vítimas fatais. Somente um bebê foi poupado, tendo o mesmo sobrevivido após ter sido retirado por seu pai da casa onde ocorreu o crime, que havia sido incendiada pelos criminosos com a criança dentro.¹²⁻¹³

Os três casos, além de terem em comum o fato de serem chacinas que causaram perplexidade e profunda revolta na sociedade, também compartilham uma outra característica que, a nosso ver, descredibiliza totalmente o sistema de justiça penal brasileiro: surpreendentemente, nos termos do Código Penal, os autores dos referidos delitos fazem jus a uma benesse legal, a de ter somente a pena de um homicídio a eles aplicada, mesmo tendo ceifado diversas vidas e atentado contra tantas outras.¹⁴

Com a devida vênia, mesmo levando-se em conta que haverá a incidência dos percentuais de aumento de pena previstos no *caput* e no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, não há como deixar de se constatar que permitir que crimes como esses sejam tratados como um único crime para fins de aplicação de pena importa em clara violação

¹¹ FILHO, William Helal. Fotos mostram crueldade da chacina de Vigário Geral, onde 21 moradores foram mortos por PMs, há 25 anos. *O Globo*, 2018. Disponível em: < <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/vigario-geral.html> >. Acesso em: 29 de agosto de 2024.

¹² Quem são as vítimas da chacina na Bahia e como ocorreu a ação criminosa. *G1*, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2023/08/29/quem-sao-as-vitimas-da-chacina-na-bahia-e-como-ocorreu-a-acao-criminosa.ghtml>. Acesso em 28 de agosto de 2024.

¹³ Morre 10ª vítima de chacina na Bahia. *G1*, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2023/09/11/chacina-bahia.ghtml>. Acesso em 28 de agosto de 2024.

¹⁴ Cabe esclarecer que nos casos de São Paulo e do Rio de Janeiro o crime continuado foi aplicado nos cálculos de pena dos réus que vieram a ser condenados, todavia, no caso da Bahia os suspeitos morreram em confronto com a polícia, motivo pelo qual o caso não chegou a ser julgado. Apesar disso, optamos por incluir a chacina ocorrida em Salvador dentre os três exemplos trazidos por entendermos que as particularidades do caso se adequam às circunstâncias descritas no artigo 71 do Código Penal.

ao preceito fundamental constitucional que trata da inviolabilidade do direito à vida¹⁵, que tem como um de seus aspectos a vedação à proteção deficiente, gerando a obrigação do estado de dar a esse bem jurídico personalíssimo, que é o mais fundamental de todos, uma proteção minimamente adequada e suficiente.

Como bem explica Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade, ao ser utilizado como critério de filtragem constitucional do direito penal, deve ser analisado sob duas facetas, as da proibição do excesso e da insuficiência na proteção dos bens jurídicos fundamentais.¹⁶

Enquanto o aspecto da proibição do excesso atua como agente limitador da intervenção do estado, constituindo verdadeiro direito de defesa contra medidas restritivas de direitos fundamentais que possam vigor em determinada sociedade, o dever de proteção refere-se às obrigações positivas impostas pela Constituição, como bem explica o Ministro Gilmar Mendes:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹⁷

Nesse sentido, o princípio da vedação à proteção deficiente visa impedir que o Estado seja omisso em assegurar a proteção de um direito fundamental ou tenha uma atuação

¹⁵ Art. 5º, *caput*, da CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid. Nº 10, p. 333 a 334, 2006.

¹⁷ STF - RE: 418376 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648

insuficiente para garantir eficazmente essa proteção¹⁸, o que, na esfera penal, entre outros aspectos, se traduz na necessidade de que a reprimenda penal ser aplicada aos crimes previstos em lei seja minimamente adequada e proporcional à conduta praticada, de forma a que sejam alcançados os fins da pena de prevenção e reprovação.

Em busca desses objetivos, portanto, cabe ao legislador, através da criação dos tipos penais, expressar a política criminal a ser adotada pelo estado, que, por óbvio, deve ter por intuito a não ocorrência da delinquência e a mitigação de seus efeitos.

A penalização de certas condutas e a premiação de outras, portanto, expõe os comportamentos que o estado visa incentivar ou desestimular em determinada sociedade. Logo, a norma do art. 121 do Código Penal, por exemplo, visa evitar a prática de homicídios, já a do art. 15 (referente à desistência voluntária e arrependimento eficaz), busca que aquele que começou a cometer um delito desista antes de sua consumação ou evite que o resultado se produza.

É justamente seguindo essa linha de raciocínio que podemos verificar a problemática da aplicação do art. 71 aos crimes dolosos contra a vida. Ao tratar como um só crime diversos homicídios, o legislador passa a mensagem de desvalor da vida, mesmo que haja a incidência das causas de aumento.

Tomemos como exemplo o caso acima mencionado ocorrido em Votorantim, no interior de São Paulo. Lá, cinco pessoas foram mortas e três foram vítimas de tentativas de homicídio. Todavia, o réu viu reconhecido em sede de apelação o direito a responder por somente um homicídio em continuidade delitiva, com a incidência da majorante do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.¹⁹

Mesmo aplicando-se a causa de aumento no triplo, ou seja, em seu grau máximo, a punição aplicada será equivalente no máximo à soma das penas das práticas de três homicídios. Na prática, a lei deixa claro que essas duas outras vidas que se perderam e as outras três que sofreram o risco de serem ceifadas serão simplesmente indiferentes penais no cálculo.

Ou seja, voltando-se à noção de que a legislação penal traduz a política criminal de uma sociedade, e, portanto, os comportamentos que visa estimular ou inibir, é negável reconhecer que a previsão do artigo passa a mensagem ao pretense delinquente de que *“se matou três, mate logo mais quatro, cinco, seis ou quanto mais quiser, pois a partir daqui nada mais influirá no cálculo de sua pena”*. A norma indiretamente incentiva a prática de mais crimes ao não prever uma punição proporcional a todos os delitos praticados.

Dessa forma, o estabelecimento de um teto de pena permite que, em casos de assassinatos em massa, a violação do direito mais fundamental de todos fique completamente impune, o que viola frontalmente o postulado constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à vida.

A questão fica ainda mais grave quando se verifica que a aplicação da causa de aumento do parágrafo único é apresentada como uma mera faculdade do juiz, ou seja, mesmo no caso da prática de crimes dolosos contra a vida com diversas vítimas pode o juiz optar por se limitar a aplicar somente a causa de aumento de pena do *caput*.

¹⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 339

¹⁹ JÚNIOR, Wilson Gonçalves. Autor de chacina tem pena reduzida em 90 anos. *Jornal Cruzeiro*, 2014. Disponível em: < <https://www2.jornalcruzeiro.com.br/materia/545827/autor-de-chacina-tem-pena-reduzida-em-90-anos>>. Acesso em: 30 de agosto de 2024.

Além disso, analisando-se o princípio da proporcionalidade em termos comparativos, constata-se também uma grave quebra de isonomia, pois a pena de quem comete quatro ou mais assassinatos em continuidade delitiva será sempre proporcionalmente menor do que aquela aplicada àqueles que cometem somente um homicídio.

Nessa toada, não podemos deixar de concordar com a fala do promotor de Justiça Wellington dos Santos Veloso, responsável pela acusação no caso de Votorantim, no sentido de que é "(...) *como se fosse uma liquidação do comércio: compre dez e pague um. O crime continuado é como se promovesse uma liquidação de vida(...).*"²⁰.

E, considerando-se que o direito à vida é simplesmente o mais importante de todos os direitos²¹, atuando como verdadeiro marco civilizatório em qualquer sociedade, importante, portanto, que se reconheça que qualquer interpretação normativa que preveja uma proteção deficiente do mesmo é flagrantemente incompatível com a Constituição, como é o caso da aplicação da continuidade delitiva aos crimes dolosos contra a vida.

3. Aplicação do crime continuado em outros crimes

O crime continuado, segundo maior parte da doutrina, teria sido idealizado pelos práticos italianos da idade média, que buscavam mitigar o rigor na penalização do cometimento de certos crimes, principalmente o de furto, que era punido com pena de morte caso praticado três vezes.²²⁻²³

Com o tempo, todavia, as hipóteses de aplicação do crime continuado foram sendo estendidas para outros crimes em algumas legislações mundiais, como a brasileira. Sua aplicação aos crimes dolosos contra a vida, no entanto, embora aceita por alguns ordenamentos, é rechaçada nas legislações de outros.

Os regramentos de países como o Portugal²⁴, Peru²⁵ e Cuba²⁶, por exemplo, proíbem sua aplicação no caso de crimes que violem bens personalíssimos, exceto para casos em que as diferentes ações afetarem a mesma vítima, quando então o instituto seria aplicável.

²⁰ *op. cit.*

²¹ STF - RE: 179485 AM, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 06/12/1994, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 10-11-1995 PP-38326 EMENT VOL-01808-06 PP-01097.

²² COSTA, Álvaro Mayrink, *op. cit.*, p. 846.

²³ JÚNIOR, Ney Fayet, *op. cit.*, p. 47 a 48.

²⁴ Artigo 30 do Código Penal Português - "(...) 2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

3 - O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais."

²⁵ Artigo 49 do Código Penal Peruano - "(...) *Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.*

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos."

²⁶ Artigo 9.1. do Código Penal Cubano - "(...) *Se consideran un solo delito: a) Los distintos actos delictivos cuando uno de ellos sea medio necesario e imprescindible para cometer otro; y b) las distintas violaciones penales que surjan de un mismo acto. 2. En estos casos, la sanción imponible es la correspondiente al delito más grave. Artículo 10.1. Se consideran un solo delito de carácter continuado las diversas conductas delictivas cometidas por una misma persona que ataquen el mismo bien jurídico, guarden similitud en la ejecución y tengan una adecuada proximidad en el tiempo, en este caso, se aumenta el límite mínimo de la sanción imponible en una cuarta parte y el máximo en la mitad, tomando en cuenta lo previsto en el apartado 4 del Artículo 34 de este Código. 2. Cuando diferentes*

A legislação espanhola, por sua vez, veda a aplicação da continuidade delitiva para os crimes que afetem bens personalíssimos, salvo crimes contra a honra e crimes sexuais²⁷, enquanto a legislação hondurenha limita sua aplicação a casos de crimes que violem bens jurídicos patrimoniais.²⁸

Não são raros, portanto, os ordenamentos que, de diferentes formas, preveem na lei a impossibilidade de se aplicar o crime continuado para o cálculo da pena de crimes dolosos contra a vida. Isso, a nosso ver, decorre justamente do entendimento de que o instituto é inadequado para a penalização desse tipo de crime, dada sua origem voltada à punição de crimes patrimoniais, delitos para os quais é perfeitamente razoável a aplicação da pena de um único crime de forma majorada, até para que se alcance uma proporcionalidade desta frente aos demais crimes do ordenamento.

Nesse sentido, pode-se pensar, à guisa de exemplo, no caso daquele que pratica por diversas vezes furtos de pequena monta em estabelecimentos comerciais. A depender das circunstâncias, as somas das penas de todos esses furtos pela sistemática do cúmulo material poderia levar o réu a sofrer uma punição maior do que aquela que é aplicada a quem pratica um crime muito mais grave, como um homicídio ou um estupro, o que não seria razoável.

Verifica-se, portanto, que há uma inegável lógica na aplicação do crime continuado para crimes patrimoniais, tendo em vista que corrige uma possível falha de proporcionalidade das penas do sistema penal em casos concretos.

Por esse motivo, há um certo consenso doutrinário e legislativo nos países que preveem em suas legislações a possibilidade da continuidade delitiva quanto ao seu cabimento para crimes patrimoniais. Isso decorre justamente do fato de que foi para essa categoria de crimes que o instituto foi criado, sendo também onde faz mais sentido sua aplicação.

Ocorre que o mesmo raciocínio não se mostra verdadeiro quando se aplica o instituto para crimes de maior gravidade. Não é rara a utilização por outros países dos critérios que eram

conductas delictivas afectan derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que atenten contra la misma víctima. (...)”

²⁷ Artigo 74 do Código Penal Espanhol – “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

²⁸ Artigo 37 do Código Penal Hondurenho – “(...) Cuando se cometa un mismo delito contra la propiedad dos o más veces, bien sea en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones u omisiones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias, dichos delitos se considerarán como un (sic) solo continuado.

En tal situación se aplicará al agente la pena más grave, aumentada en dos tercios. En caso de duda, se tendrá por más grave la pena que tenga señalado el máximo más alto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas aplicables a los delitos concurrentes.

Lo prescrito en la última parte del segundo párrafo de este Artículo y en el párrafo anterior, será aplicable a lo estatuido en el artículo 36. (...)”

adotados pelo STF à época da edição da sua Súmula 605, como a divisibilidade ou natureza (de bens personalíssimos ou não) do bem jurídico atingido para definir se a continuidade delitiva será aplicável ou não a determinados tipos de delitos.

Em decorrência disso os crimes relacionados à proteção da vida, que é um bem jurídico personalíssimo de natureza indivisível, tendem, por lógica, a serem excluídos das hipóteses de cabimento da continuidade delitiva nesses outros ordenamentos.

Embora não seja o objeto do presente estudo realizar uma análise crítica mais aprofundada acerca da incidência do crime continuado sobre os demais tipos penais, tendo em vista que a violação à Constituição é no nosso entendimento mais evidente quando da análise da aplicação do instituto para crimes dolosos contra a vida, não se pode perder de vista que a linha de raciocínio aqui apresentada pode e deve nos levar também a questionamentos quanto à compatibilidade constitucional da aplicação da continuidade delitiva para outros crimes de alta gravidade, como os delitos contra a dignidade sexual.

4. Conclusão

As duas facetas da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais, referentes à proibição do excesso e da insuficiência, demonstram, como explica Douglas Fischer, que a própria noção de garantismo penal deve ser analisada também sob esses dois prismas.

Logo, os ideais garantistas tanto se prestam para afastar os excessos do Estado quanto servem para impor a este um dever de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o que, na seara penal, entre outras medidas, se expressa através de obrigação de punir de forma adequada condutas que violem esses bens jurídicos, através de uma noção de garantismo penal positivo.²⁹

A nosso ver nenhum dos fundamentos teórico-dogmáticas apresentadas pela doutrina como justificadoras da existência do instituto da constitucionalidade delitiva³⁰ servem para afastar a conclusão de que uma norma que permite que crimes de homicídios venham a ser considerados praticamente indiferentes penais para fins de aplicação de pena viola um dever de proteção à vida que é imposto ao estado no *caput* do art. 5º da Constituição.

A necessidade de que haja uma política criminal voltada à mitigação dos efeitos deletérios do longo encarceramento não serve para elidir esse entendimento, afinal de contas, há diversas outras previsões legais que cumprem essa finalidade, como a regra que estabelece um tempo máximo de 40 anos de cumprimento de penas privativas de liberdade, a progressão de regime e os benefícios previstos na lei de execução penal.

Nunca se pode perder de vista que o autor do crime de homicídio demonstra disposição para impor à vítima uma pena perpétua, vindo a lhe privar não só de sua vida, mas também de seu futuro, planos e sonhos, impondo a amigos e familiares uma perda irreparável.

²⁹ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Nº 28, abr./2009. Disponível em <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 05 de setembro de 2024.

³⁰ Álvaro Mayrink da Costa (2015, p. 850) nos explica que são três as correntes justificadoras do instituto da continuidade delitiva: a) teoria da benignidade; b) teoria da utilidade processual; c) teoria da mitigação da culpabilidade.

Logo, uma previsão legal que beneficia autores de massacres desconsiderando parte das vidas perdidas em decorrência de seus crimes no cálculo da pena a ser aplicada não só caracteriza um desrespeito a um direito fundamental, mas é também uma forma de violência estatal perpetrada contra as vítimas diretas e indiretas desse tipo de crime, algo inaceitável em um estado democrático de direito.

Referências bibliográficas

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 6ª ed., Saraiva, 2011.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: 1ª ed., GZ Editora, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. 10ª ed. Juspodium, 2018.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não orgarantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Nº 28, abr./2009.

JÚNIOR, Ney Fayet. *Do Crime Continuado*. Porto Alegre: 4ª ed., Livraria do Advogado, 2013.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid. Nº 10, 2006.

O papel da tecnologia e da inteligência artificial na segurança pública: desafios e convergências com os direitos fundamentais individuais e sociais

The role of technology and artificial intelligence in public safety: challenges and convergences with individual and social fundamental rights

Flávio Maria Leite Pinheiro*

Sumário

1. Introdução. 2. Perspectivas sobre o estado e os direitos fundamentais em face das tecnologias digitais. 3. Breves considerações sobre direito fundamental à segurança pública e reflexões contemporâneas. 4. Novas tecnologias, inteligência artificial e segurança pública: limites e desafios. 5. Conclusões. Referências.

Resumo

A utilização de tecnologias baseadas em inteligência artificial tem um papel central na segurança pública contemporânea. A Constituição de 1988 reconhece a segurança como um dever estatal e um direito universal, embora sua implementação enfrente diversos desafios. Este artigo examina as políticas públicas de segurança na Era Digital, destacando o uso de tecnologias e sua relação com os direitos fundamentais. O problema de pesquisa levantado é: como deve ser estruturada a política de segurança pública no Brasil diante da incorporação de tecnologias e inteligência artificial, em confronto com os direitos fundamentais individuais? O método adotado é o dialético, com uma abordagem monográfica. O estudo explora os princípios contemporâneos do direito à segurança, as bases das políticas públicas e os contrastes com os direitos fundamentais. Ao final, conclui-se que o Brasil ainda não possui mecanismos eficazes para proteger os direitos individuais frente ao uso de tecnologias na segurança pública.

Abstract

The use of technologies based on artificial intelligence plays a central role in contemporary public security. The 1988 Constitution recognizes security as a state duty and a universal right, although its implementation faces several challenges. This article examines public security policies

* Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Bacharel em Direito e Filosofia. Revisor de estudo de caso e perito do Observatório Interamericano de Governança e Inovação Pública (OIGIP), pertencente à Escola de Governo da Organização dos Estados Americanos (OEA). Membro da Rede de Especialistas da Fundação José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón (FOM), Madrid/Espanha. Professor Adjunto na Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), Sobral/CE, lotado nos cursos de Direito (graduação) e Filosofia (Mestrado). Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Filosofia e Teoria Política e Social, registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq

in the Digital Age, highlighting the use of technologies and their relationship with fundamental rights. The research problem raised is: how should public security policy in Brazil be structured in view of the incorporation of technologies and artificial intelligence, in conflict with individual fundamental rights? The method adopted is dialectical, with a monographic approach. The study explores the contemporary principles of the right to security, the bases of public policies and the contrasts with fundamental rights. In the end, it is concluded that Brazil still does not have effective mechanisms to protect individual rights against the use of technologies in public security.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Segurança pública. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Reconhecimento facial.

Keywords: Artificial intelligence. Public security. Fundamental rights. Public Policies. Facial recognition.

1. Introdução

As políticas públicas desempenham um papel essencial na concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à segurança pública, um tema de grande relevância no Brasil. A Constituição Federal de 1988 consagra a segurança como um dever do Estado e um direito de todos os cidadãos, mas a implementação eficaz desse direito enfrenta diversos desafios. Um dos mais complexos diz respeito ao uso crescente de tecnologias digitais e ferramentas de inteligência artificial, como o reconhecimento facial, que vêm sendo incorporadas às práticas de segurança pública, mas ainda carecem de uma regulamentação jurídica adequada. Nesse contexto, surgem questionamentos sobre a compatibilidade dessas inovações tecnológicas com os direitos fundamentais individuais, como a privacidade e a proteção de dados.

O presente artigo tem como objetivo principal investigar a estruturação necessária das políticas de segurança pública no Brasil à luz do uso de tecnologias emergentes, especialmente a inteligência artificial, e suas implicações para os direitos fundamentais. A pesquisa busca responder à seguinte questão: como a política de segurança pública brasileira pode ser reformulada para integrar o uso de tecnologias avançadas sem violar os direitos individuais garantidos pela Constituição? A análise se propõe a explorar as interseções entre direitos fundamentais sociais e individuais, refletindo sobre a necessidade de adaptação das políticas públicas às novas demandas tecnológicas e sociais.

A metodologia utilizada é o método dialético, que permite a contraposição de diferentes pontos de vista sobre a questão, com uma abordagem monográfica focada no contexto brasileiro. Inicialmente, o estudo aborda os fundamentos teóricos do Estado em relação às novas tecnologias, analisando como autores como Manuel Castells e Pierre Lévy discutem o impacto da revolução digital nas instituições sociais e nos direitos. Castells, em sua obra sobre a “Sociedade em Rede”, retrata o fenômeno da interconexão global, que alterou profundamente as relações entre Estado e sociedade, ampliando o alcance e o poder das tecnologias digitais, inclusive nas políticas de segurança pública. Lévy, por sua vez, explora o conceito de cibercultura e a transformação das práticas sociais e estatais no ciberespaço, enfatizando o papel central que a Internet e suas tecnologias desempenham na vida contemporânea. Tais autores são fundamentais para embasar a análise do impacto das tecnologias na redefinição dos direitos fundamentais e da atuação estatal.

No âmbito jurídico, o artigo examina as novas demandas que surgem com a introdução de tecnologias como a inteligência artificial, destacando a necessidade urgente de regulamentação, especialmente no que se refere à proteção dos dados pessoais e à prevenção de abusos no uso dessas ferramentas. A ausência de uma legislação específica que regule o uso de tecnologias de vigilância, como o reconhecimento facial, no contexto da segurança pública é uma lacuna crítica no arcabouço normativo brasileiro. Como apontado por autores como Ingo Sarlet e Danilo Doneda, a proteção dos dados pessoais é um dos desafios mais prementes da era digital, uma vez que o uso de grandes bases de dados e algoritmos para traçar perfis e monitorar comportamentos pode comprometer direitos fundamentais, como a privacidade e a autodeterminação informativa.

O artigo também discute o papel da inteligência artificial na segurança pública, refletindo sobre os desafios éticos e legais que seu uso impõe. A discriminação algorítmica é um dos pontos críticos, uma vez que sistemas de IA, ao processarem grandes volumes de dados, podem reforçar preconceitos e desigualdades, como já observado em outras partes do mundo. No Brasil, o uso de sistemas de reconhecimento facial para identificar suspeitos em vias públicas, por exemplo, levanta questões sobre a proteção dos direitos individuais e o risco de erros e abusos por parte das autoridades. A ausência de regulamentação adequada para o uso dessas tecnologias, conforme observam Sarlet e outros estudiosos, torna-se ainda mais preocupante diante do potencial de impacto nas liberdades civis e nos direitos humanos.

Ao longo do estudo, são discutidos os desafios práticos e teóricos envolvidos na harmonização entre segurança pública e direitos individuais em um contexto de avanços tecnológicos. A crescente adoção de tecnologias na segurança pública apresenta oportunidades para aprimorar a eficácia das políticas estatais, mas, ao mesmo tempo, exige um marco regulatório robusto que proteja os cidadãos de abusos. A análise enfatiza que, sem uma regulamentação clara, o uso de tecnologias como a inteligência artificial na segurança pública pode violar direitos fundamentais, criando um ambiente de vigilância excessiva e restrição de liberdades.

O estudo conclui que o Brasil precisa urgentemente de instrumentos jurídicos e regulatórios mais eficazes para proteger os direitos individuais diante do uso de tecnologias de segurança pública. Embora as inovações tecnológicas ofereçam soluções promissoras para enfrentar desafios contemporâneos, como o aumento da criminalidade, elas também trazem novos riscos que não podem ser ignorados. É necessário desenvolver diretrizes que equilibrem o uso dessas ferramentas com a proteção dos direitos fundamentais, garantindo que o avanço tecnológico esteja sempre a serviço da justiça social e do respeito aos direitos humanos. Assim, o artigo propõe a formulação de políticas públicas que integrem a tecnologia de maneira responsável, respeitando os princípios constitucionais e promovendo uma segurança pública que não sacrifique os direitos individuais em nome da eficiência estatal.

2. Perspectivas sobre o estado e os direitos fundamentais em face das tecnologias digitais

As novas tecnologias impulsionaram mudanças nas instituições e nos direitos, especialmente nos direitos fundamentais. Desde o surgimento da Internet, a ascensão de novos mecanismos, tecnologias, mercados e serviços vem sendo objeto de debate transversal nas mais diversas disciplinas. Diferentes movimentos teóricos tentam traçar concepções e explicações em tal sentido. Manuel Castells (2016) retrata o crescimento exponencial daquilo

que nominou como Sociedade em Rede, ou seja, relações conectadas em uma ampla rede baseada na comunicação entre todos. Essa perspectiva perpassou para a relação estatal, uma vez que a Internet se transformou em um ambiente desterritorializado e descentralizado (Castells, 2003), ampliando o debate da tutela na esfera jurídica.

Por sua vez, outro autor que busca apresentar perspectivas sobre o fenômeno digital – essencialmente pautado na Internet – é Pierre Lévy. Para Lévy (2010) a interconexão em escala mundial de computadores é nominada como ciberespaço, no qual ocorre a cibercultura, ou seja, práticas que envolvem o crescimento do ciberespaço.

Todo esse fenômeno, erigido a partir da escala de modificação tecnológica e transmissão de informações alterou profundamente as relações sociais e estatais (Castells, 2016). A ampliação das possibilidades técnicas permite hoje que o Estado se utilize da Internet e exerça suas atividades baseadas em grandes plataformas digitais, bastando ver a recente aprovação da Lei do Governo Digital, no Brasil, e todos os impactos vindouros.

Nesse sentido, alteraram-se as perspectivas estatais e societais, fazendo-se com que os direitos fundamentais também fossem atingidos e modificados pelas novas tecnologias, iniciadas pela Internet. Landa (2016, p. 2) aponta que *“en esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el Internet es el fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales”*.

Não apenas surgiram novos direitos fundamentais, conforme Sarlet (2010), com perspectivas de direitos fundamentais de quarta ou quinta dimensão, a partir da escala que a Internet e suas tecnologias alcançaram, mas as novas relações estão a fazer com que a própria teoria dos direitos fundamentais confira uma nova identidade aos direitos fundamentais. Landa (2019) ainda aponta que a Internet não apenas transformou a equação entre os direitos, mas também se tornou ela um direito fundamental quando permitiu às pessoas a possibilidade de usufruir dos direitos e liberdades clássicos, dessa vez em um ambiente virtual.

Em síntese, o impacto das tecnologias nas relações sociais e jurídicas atingiu o campo dos direitos fundamentais, fazendo-se tratar do debate sobre uma releitura dos direitos fundamentais em seu sentido clássico, necessitando, atualmente, de distintos modelos de proteção. É o que aponta Landa quando refere que:

El desarrollo de nuevas tecnologías permite a las industrias de las telecomunicaciones y la informática desarrollar cada vez más sofisticados sistemas, programas y aparatos de vigilancia electrónica, los cuales demandan nuevos estándares de protección de los derechos fundamentales, para evitar que se cometan excesos que afecten tanto a terceros como a los investigados, salvo en los casos en que sea estrictamente necesario. En el caso de que se cometan excesos, deben existir mecanismos de control sobre los privados, no únicamente estatales, sino también desde la ciudadanía y/o sus representantes en el Estado, por cuanto la interceptación y el almacenamiento de datos de las comunicaciones privadas en la era digital constituyen un grave peligro para los ciudadanos e incluso para las autoridades. (Landa, 2019, p. 155)

Observa-se que o panorama dos direitos fundamentais nas tecnologias é terreno arenoso diante das características próprias da Internet e das tecnologias e demonstra ainda mais a dificuldade de o Estado lidar com riscos próprios da Era da Informação, especialmente na sua atuação na esfera da segurança pública. Leal (2020) aponta, por exemplo, para a necessidade de encontros e sinergias entre as políticas de segurança e novos direitos como a proteção de dados pessoais, sobretudo em contextos de crise. Uma solução apontada por Landa (2018) é que a Internet impõe o cumprimento dos compromissos internacionais. Nas palavras do autor:

En la medida que los derechos fundamentales son universales, interdependientes e indivisibles, el internet los integra digitalmente y permite que trasciendan más allá de las fronteras de los Estados nacionales; no solo para el goce del mismo, sino también para su defensa y protección. Lo cual demanda que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales de garantizar y promover los derechos humanos, en esta nueva era digital.
(Landa, 2018)

Sobretudo, as liberdades são fortemente impactadas diante das novas tecnologias, especialmente como consequência das políticas criminais. Veja-se o notável risco a esse direito frente a mecanismos de reconhecimento facial em vias públicas, que permitem, por exemplo, a identificação e cruzamento com banco de dados de pessoas com mandados de prisão pendentes de cumprimento.

Verifica-se que a ampliação das tecnologias, marcadamente a Internet e a informática (aliadas às outras inovações a elas conectadas, quais sejam a microeletrônica, transmissão de dados, comércio eletrônico, entre outras), são fatores que impulsionaram transformações em variados aspectos no cenário constituído pelas redes e reforçado pelas novas tecnologias. Conforme leciona Bruno Cardoso (2018, p. 91):

O Estado seria, mais precisamente, um macroator constituído por uma pluralidade de atores menores e de conexões entre estes. A capacidade de construir redes (relativamente) estáveis entre (e com) esses atores, a partir da estabilização das relações que os conectam, garantindo que diversas cadeias de ação possam se desenvolver dentro de um certo nível de previsibilidade, é, assim, fundamental para a própria existência do Estado e para a efetividade de sua atuação.

Inevitável também é que inúmeros riscos foram erigidos a partir da Internet e da constituição de redes. A exacerbada vigilância estatal, sob o fundamento do combate ao terrorismo, por exemplo, a vigilância dos grandes conglomerados empresariais da tecnologia, a chamada economia de dados, podem ser alguns exemplos dos riscos que a tecnologia proporcionou. Esses riscos estão diretamente atrelados ao desenvolvimento e uso destas tecnologias pelos entes estatais, bastando verificar o crescente padrão desenvolvido após os atentados de 11 de setembro de 2001 e os reflexos na segurança nacional e segurança pública (Cardoso, 2018).

A vigilância nos dias atuais toca muitos aspectos da vida quotidiana: nossas casas, espaços de trabalho. Todos estes ambientes encontram-se tomados por inúmeros e sofisticados sistemas de coleta de dados e complexas tecnologias de vigilância com a presença do Estado Digital.

A despeito de que a maioria das pessoas não estejam conscientes disto, e da verdadeira dimensão do quanto estão sendo monitoradas/vigiadas, grande parte delas considera a vigilância como algo inexorável – quando não desejável – em suas vidas nos tempos atuais. E mesmo que se possa questionar a vida em uma Sociedade Viguada, resta indubitado que a propagação da vigilância tem dramaticamente alterado o modo pelo qual as comunidades funcionam e a convivência ordinária dos cidadãos diante da atuação do Estado.

Considerando o impacto nos direitos fundamentais em diversos aspectos, observa-se a necessidade de respostas teóricas pelo Direito aos novos fenômenos. Assim, surgem no Direito algumas correntes que pretendem estudar e analisar a crescente complexidade. O Constitucionalismo Digital se apresenta como “uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas e comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço” (Mendes; Fernandes, 2020, p. 5). Nesse sentido, Mendes e Fernandes (2020, p. 6) apontam que:

Dentro dessa perspectiva, pressupõe-se que a fruição de direitos fundamentais pode ser mediada pela força impositiva do Estado Nacional, ainda que em convivência com modalidades outras de conformação de direitos que têm origem na atuação de agentes privados ou no funcionamento de mecanismos transnacionais de governança da internet.

O Constitucionalismo Digital entende que a Internet e as suas tecnologias associadas possibilitam a realização das garantias individuais e que ela também é necessária para que muitos direitos sejam adequadamente fruídos (Mendes; Fernandes, 2020, p. 6). Nesse sentido, inúmeras propostas legislativas surgiram no Brasil, sendo o Marco Civil da Internet uma das principais no que diz respeito a normas que disciplinam a Internet, trazendo garantias de liberdade de expressão e pensamento, proteção à privacidade, desenvolvimento da personalidade (Brasil, 2014). Outra legislação a ser mencionada é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que se pretende novel lei a tutelar os dados pessoais nos meios físicos e digitais (Brasil, 2018). Mendes e Fernandes (2020, p. 8) apontam que as iniciativas legislativas “consagram materialmente categorias de direitos, princípios e normas de governança para a internet, limitando drasticamente o poder de autoridades públicas e de atores privados nas suas relações com os usuários”.

Assim, a Internet – e as novas tecnologias que dela advém e com ela se relacionam – é uma garantia institucional da democracia e uma necessidade para que se goze plenamente dos direitos e liberdades previstos na Constituição e nos tratados sobre direitos humanos (Landa, 2019, p. 146). Entretanto, é preciso um ferramental de tutela a se iniciar no campo dos direitos fundamentais.

Grande parcela dos estudos, atualmente, deposita na proteção de dados pessoais o mecanismo atual de tutela da pessoa nos ambientes digitais. A complexidade nos direitos fundamentais diante das novas tecnologias e da amplitude que o direito à proteção de dados

peçoais assumiu na sociedade, faz com que alguns juristas a nominem como a preocupação jusfundamental de nosso tempo (Silveira; Froufe, 2018).

Nesse sentido, é possível verificar que:

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática. [...] A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso, da transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante o conhecimento e o controle de informações sobre a sua vida pessoal, privada e social. (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 472).

Mecanismos de vigilância estatal e privada, uso no mercado para predição comportamental, bem como na economia da atenção (Freitas, Freitas, 2020), são pontos de destaque e preocupação presentes sobre o direito à proteção de dados e da privacidade. A questão ganha outros contornos quando se visualiza a privacidade no seio de riscos e perigos oriundos da Internet e desse desenvolvimento tecnológico. Como pontua Leal (2020, p. 366):

Nos dias atuais, os aspectos da tutela da privacidade e intimidade encontram-se muito integrados com a proteção de dados pessoais, pelo fato de que tais dados representam pressupostos irrenunciáveis ao desenvolvimento da pessoa humana e, ao mesmo tempo, estão conectados com demandas de mercado, pois alimentam infundáveis segmentos de atividades industriais e comerciais que pagam valores imensos por informações de seus consumidores, formatando-se, neste âmbito, zonas de potenciais conflitos entre interesses distintos.

Em tais cenários, as mutações ocorrem inclusive sobre os objetos de tutela jurídica envolvendo o direito à privacidade e intimidade, pois, da tradicional liberdade negativa (livre de ingerência externa), passa a ser integrado como bem tutelado o direito de autodeterminação informativa relacionada ao indivíduo e sujeito de direito. Ou seja, passa-se a reconhecer a todo o cidadão a faculdade de escolher o que deseja fazer com os seus dados pessoais – e o que não deseja também.

Cenários de maior risco à privacidade são a emergência e os Estados de Exceção, fundados, por exemplo, nas questões de segurança pública e de emergência sanitária, operadoras de restrições a esse direito fundamental, como aquelas vivenciadas no período da pandemia. Leal (2020, p. 361) traz o exemplo do Estado de Urgência promovido na França a partir de ataques em Paris, no ano de 2015, sob o fundamento da segurança pública e nacional, onde restou autorizada a promoção acesso a domicílios sem autorização judicial, devassando-se a privacidade do morador em nome de tais direitos.

Nesse sentido, Marion Albers (2018, p. 38) afirma:

A proteção de dados baseia-se em uma compreensão multidimensional de direitos fundamentais e exige descrições inteiramente novas dos interesses protegidos: em vez de bens juridicamente tutelados concebidos de modo individualista, a questão tem a ver com posições jurídicas individuais na socialidade ou, em outras palavras, as posições sociais do indivíduo a serem protegidas por direitos fundamentais. O conjunto de interesses e posições protegidos ainda precisa ser elaborado com maior grau de detalhamento e também terá de ser sempre adaptado dinamicamente a novos perigos.

Verifica-se que a questão é de importância global na atualidade em face dos mecanismos que utilizam dados pessoais para seu funcionamento. Normas e previsões legislativas específicas surgem como necessidade de se regulamentar a questão. Trata-se de mecanismos em sua maioria ou ainda não regulados, ou com legislações carentes por parte dos Estados. Atenta a estas preocupações, recentemente o Alto Comissariado das Nações Unidas aprovou relatório com diversas sugestões e recomendações aos Estados para o uso de tecnologias a partir da verificação das seguintes tendências pelos Estados: (a) o abuso generalizado de ferramentas intrusivas de hackeamento; (b) o papel fundamental de criptografia robusta para garantir o exercício do direito à privacidade e de outros direitos; e (c) o monitoramento generalizado dos espaços públicos (ONU, 2022).

Nesse sentido, é possível visualizar o surgimento do devido processo informacional, direito que regulamenta medidas legais e procedimentais para a forma com que dados pessoais serão tratados, uma vez que impactam diretamente nas liberdades individuais e coletivas (Bioni *et al*, 2020, p. 9), nomeadamente no que tange à segurança pública. A ausência de algumas diretrizes mínimas que devem estar presentes no tratamento de dados, especialmente pelo Estado, acarreta a fragilização das formas de operabilidade de tratamento, possibilitando concretos riscos à pessoa.

Assim, problemas referentes aos metadados, governo digital e inteligência artificial também devem ocupar a agenda do debate jurídico e político. Na atualidade, um desafio presente, como já referido, é a Inteligência Artificial (IA) e seu uso desmesurado nas atividades estatais – especialmente na segurança pública, causando o risco ou danos aos direitos fundamentais e esferas personalíssimas das pessoas. Basicamente, estruturas pautadas em inteligência artificial se utilizam de grandes bancos de dados (pessoais e não pessoais) e algoritmos para seu funcionamento.

Suas aplicações são as mais diversas. Como já referido, o presente artigo científico busca traçar possibilidades de tutela de direitos fundamentais em um campo específico da IA: uso de tecnologias e inteligência artificial em atividades de segurança pública. Entretanto, antes de se adentrar na temática, é preciso fundar as bases mínimas para compreensão da atividade de segurança estatal, o que se faz no tópico seguinte.

3. Breves considerações sobre direito fundamental à segurança pública e reflexões contemporâneas

A segurança pública não é de há muito conferida como perspectiva de direito fundamental ou ao menos os trabalhos e pesquisas nesse sentido remontam a pouco menos de duas décadas no Brasil. Apesar de sua previsão constitucional no Brasil, essencialmente nos

artigos 5º, enquanto direito fundamental individual, e artigo 6º, enquanto direito fundamental social, o debate de sua definição vem sendo desenvolvido pelos teóricos para fins de delimitar competências e atribuições distintas dos órgãos estatais. A presente pesquisa parte da premissa de que a segurança pública é direito fundamental, tendo em vista que encontra amparo em nossa Constituição. Na lição de Leal e Gilioli (2018, p. 34):

O direito à segurança pública foi um dos direitos eleitos como fundamentais no texto constitucional e este direito não decorre por estar o mesmo instituído na Constituição como dever do Estado e uma responsabilidade de todos, mas essencialmente por se a segurança pública, através de políticas públicas executadas na área como forma de se materializar a garantia dos objetos jurídicos eleitos como fundamentais, tais como: a vida, a propriedade, a liberdade.

Na doutrina internacional, denota-se que a temática da segurança é de preocupação há muito tempo, principalmente os seus fundamentos políticos, sociais e institucionais (Torre, 2014). Não há preocupação da presente pesquisa em delimitar os pormenores do direito à segurança. Entretanto, necessário destacar seus fundamentos e possibilidades no campo teórico, diante do expressivo aumento do emprego de tecnologias nessa seara e sua relação com temáticas tecnológicas de preocupação jurídica.

A segurança pública é direito individual, na medida em que consagra a possibilidade subjetiva de tutela da pessoa, mas também se consagra como direito fundamental social, porquanto garante a possibilidade de tutela coletiva, difusa, entre outros. Assim, esse direito não assume, logo, uma feição coletiva ou individual, haja vista:

Com relação aos fundamentos constitucionais da segurança, é possível fazermos referência àquelas duas perspectivas já referidas, de um lado, a que lhe outorga a condição de interesse coletivo, e, de outro, a que lhe reconhece a condição de direito fundamental individual. Estas posições, todavia, não são irreconciliáveis, e devem estar associadas, e isto porque as dimensões individuais e coletivas/sociais das relações humanas, hoje e cada vez mais, contam com intersecções integracionistas, basta vermos o que ocorre nas chamadas redes sociais (Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google+); tudo e todos estão interligados (Leal, 2020, p. 354).

Trata-se da tutela de uma existência digna protegida, com a fruição de outros direitos onde a coletividade e o indivíduo são titulares. Importante observar que, na condição de direito fundamental social, a segurança pública conclama a realização de ações positivas do Estado na sua promoção. Como bem pontua Novais (2010, p. 251):

Ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam

o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos.

Ou seja, sinergias entre o bem-estar coletivo e individual são basilares e essenciais para se estabelecer os parâmetros normativos e modos de tutela do direito à segurança pública, nomeadamente os limites legislativos, evitando-se arbitrariedades e ações ilegais. Trata-se de fundamento do Estado de Direito, nomeadamente pela *"la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos."* (Zagrebelski, 1992, p. 21)

Em se tratando de segurança pública, constata-se tanto a função repressiva – revestida essencialmente da perspectiva de persecução penal, como de promoção, através da atividade estatal de tutela dos interesses e fruição das garantias individuais e coletivas. Feroni (2008) pontua que o direito fundamental à segurança é um valor superprimário imbricado com a vida, incolumidade física, bem-estar, qualidade da existência e dignidade humana. Na atualidade, constata-se que tal direito assume as feições na tutela dos interesses sociais, especialmente na proteção da vida humana e também dos limites privados.

Frosini aponta importante lição acerca da segurança como elemento jurídico de preocupação constitucional:

Se storicamente l'espressione "diritto alla sicurezza" poteva essere ritenuta una figura semantica a carattere retorico, oggi mi sembra che goda di uno status giuridico in parte autonomo - come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento di altri diritti di cui un soggetto è titolare - e in parte indiretto, nel senso che è complementare agli altri diritti, ovvero come istanza radicata nella nozione di benessere e di qualità della vita, collettiva e individuale. Pertanto, la sicurezza può qualificarsi come bene inscindibilmente legato alla vita, alla incolumità fisica, al benessere dell'uomo e alla qualità della sua esistenza, nonché alla dignità della persona. Da ciò ne deriva che la sua titolarità oltre che in capo allo Stato, nella forma di interesse a garantire una situazione di pace sociale, è riferibile a ciascun individuo come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento degli altri diritti di cui è titolare in condizioni di sicurezza.

No que toca ao desenvolvimento tecnológico, observa-se que o Brasil possui grave déficit na regulamentação dos instrumentos aplicáveis à segurança pública. Grande exemplo disso é o uso de dados pessoais no campo penal e a inexistência de previsões legislativas sobre o tratamento de dados pessoais na segurança pública e também na persecução penal.

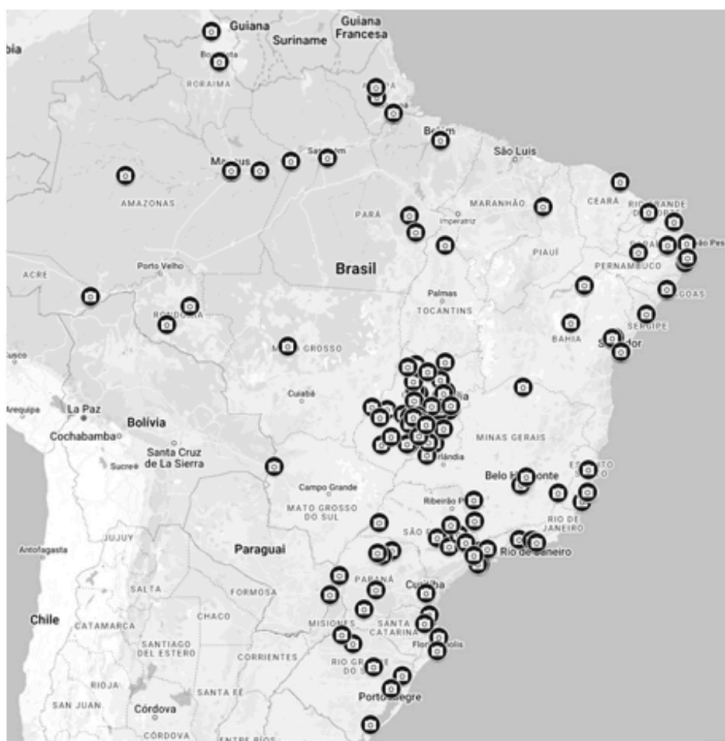
Destaca-se que as alíneas *a* e *d* do inciso III do artigo 4º da LGPD referem que a legislação em questão não é aplicável às atividades de segurança pública e de investigação e repressão a infrações penais, cuja regulamentação será de forma específica (Brasil, 2018). Surge, então, a iniciativa e necessidade de uma legislação própria que discipline a matéria, na busca de regulamentação das questões atinentes às investigações criminais, ações penais, prevenção de crimes. Leal acentua, da mesma forma, que a LGPD reservou espaço a uma legislação específica nessa matéria, referindo, porém, a existência de outros desafios relacionadas ao tema:

Ao mesmo tempo, em seu art. 4º, inc. III, a norma autorizou a flexibilização daqueles direitos para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, sendo que o tratamento de dados pessoais previsto neste inc. III será regido por legislação específica, “que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”. Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma e diante de cenários os mais particulares existentes – como o da segurança da saúde pública na pandemia. (Leal, 2020, p. 368)

Em tal seara, há movimentação legislativa em relação à regulamentação. Todavia, trata-se tão somente de um anteprojeto de LGPD-Penal sem reflexo algum no cotidiano prático brasileiro. Inúmeros instrumentos são utilizados pelas atividades de segurança pública para fins de atingir os propósitos do direito fundamental. Cada vez mais o Estado, em sua atividade de segurança pública faz uso desses mecanismos para predição comportamental, mapeamento de áreas de maior insegurança e reconhecimento facial, por exemplo. Brandão e Arbix (2022) apresentam importante pesquisa sobre a aplicação da inteligência artificial no campo das políticas públicas de transporte, especialmente no uso de sistemas de reconhecimento facial. O estudo dos autores faz um levantamento de cidades brasileiras que utilizam IA para identificação de usuários de transporte público, com o objetivo de enfrentar e prevenir fraudes. A pesquisa constatou baixo nível de responsabilidade técnica e jurídica, considerando elevados os desafios de utilização desses mecanismos de modo responsável, inclusive diante das capacidades institucionais (Brandão; Arbix, 2022).

Nesse contexto, a figura abaixo, extraída de outro estudo, evidencia o amplo uso desses ferramentas em cidades do Brasil:

FIGURA 1. Mapeamento do uso de tecnologias de reconhecimento facial pelas forças de segurança



Fonte: Nunes, 2023

Trata-se, portanto, de questão que deve ser visualizada a partir de fatores complexos, uma vez que envolvem: proteção das pessoas contra agressões de terceiros; proteção da privacidade e dados pessoais; execução adequada de políticas públicas; uso de tecnologias para fins estatais.

Assim, percebe-se que a segurança pública se constitui como importante direito fundamental, de caráter individual e social, possibilitando a criação e efetivação de políticas públicas no contexto de atuação. Todavia, denota-se a necessidade de sinergias entre o uso das tecnologias, nomeadamente a inteligência artificial, frente aos mecanismos de tutela da segurança pública, conforme será adiante exposto.

4. Novas tecnologias, inteligência artificial e segurança pública: limites e desafios

Não há a pretensão da presente pesquisa em esmiuçar as aplicações e conceitos sobre IA no Brasil. O enfoque aqui conferido é tão somente analisar os desafios e sinergias entre

IA e segurança pública com o objetivo de tutelar a pessoa diante dos novos mecanismos, sobretudo no enfoque direitos fundamentais sociais e individuais. Em tais cenários, a equação sensível não é entre a liberdade e a segurança em tempos de ameaça, mas entre a segurança e a liberdade dos outros; ou seja, as liberdades de pequenos grupos suspeitos, como muçulmanos adultos do sexo masculino. Ao implementar medidas de vigilância em massa cria-se compensação diferente entre as liberdades civis e a segurança diante das ameaças. A questão que se segue, a partir disto, é: qual das liberdades as pessoas estão dispostas a sacrificar em nome da segurança pública? Trata-se de ponto fundamental de análise desta problemática, que será realizada, primeiramente, com breve enfoque conceitual.

Para fins conceituais, a inteligência artificial, como propõem Freitas e Freitas (2021, p. 30), é um “sistema algorítmico adaptável, relativamente autônomo, emulatório da decisão humana”. Basicamente, seu funcionamento decorre de um conglomerado de dados e uso de algoritmos para sua aplicação em situações específicas. Hoffmann-Riem (2022) afirma que, apesar dos enfoques teóricos atuais serem notadamente no uso de dados para vigilância estatal e por entes privados, a proteção jurídica não pode se limitar a eles, englobando, assim, todas as perspectivas que envolvam a tecnologia e o direito, especialmente a inteligência artificial.

Contudo, atualmente, o uso de Inteligência Artificial (IA) no âmbito dessas atividades de segurança se sobressai, especialmente através de videomonitoramento, captando imagens e informações de pessoas. Nesse sentido, se relacionados os dados pessoais e a inteligência artificial, pode-se obter informações importantes sobre a pessoa, pois os dados pessoais possuem papel fundamental no campo das análises obtidas com IA, pois, como acentua Doneda:

[...] os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de se obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo. (Doneda, 2019, p. 151)

Assim, denota-se que, para se conferir proteção à pessoa nesses cenários, importante a formação de políticas públicas, notadamente regulatórias. Schmidt (2018, p. 127) define política pública como “um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”. Como um de seus instrumentos, pode-se citar a regulação através da via legislativa para a proteção dos direitos fundamentais (Reck, 2022).

No ponto aqui estudado, observa-se que se trata de um campo ainda não suficientemente protegido, especialmente a utilização de *Big Data* para o policiamento (Hoffmann-Riem, 2022, p. 151). Emerge, assim, a questão da limitação do poder estatal para se garantir a proteção à pessoa e, de outro lado, se garantir instrumentos efetivos e procedimentais nessa seara, uma vez que “a exigência de observar os requisitos do Estado de Direito ao realizar a vigilância do Poder Público continua sendo indispensável (Hoffmann-Riem, 2022, p. 151). O uso desses instrumentos não apenas define a prevenção de crimes,

mas o controle comportamental das pessoas e das ações policiais de repressão e prevenção (Hoffmann-Riem, 2022, p. 74).

Para além disso, em se tratando de uso de inteligência artificial por meio de algoritmos, há a crescente possibilidade de discriminação algorítmica, na medida em que boa parcela do tratamento de dados e informações nesse campo são feitas por mecanismos automatizados. Mendes e Mattiuzzo assim apontam que o debate “sobre discriminação algorítmica deve se centrar na seguinte ideia de que os valores que orientam a sociedade e o direito não podem ser deixados de lado quando falamos em automação e inteligência artificial” (2019, p. 61). Brandão e Arbix (2022), no estudo anteriormente referido, constatarem que existem diversos casos no mundo sobre a discriminação e preconceitos oriundos de algoritmos, nomeadamente em face de situações envolvendo reconhecimento facial para uso de segurança pública, a exemplo de bancos de dados com mandados de prisão pendentes de cumprimento.

Assim, exsurge a problemática da segurança pública e mecanismos legislativos para tutela da pessoa. Todavia, legislação federal alguma consta de previsões normativas específicas sobre o uso de videomonitoramento para fins de segurança pública. Trata-se, portanto, de balizar e verificar os direitos no choque de direitos entre a segurança pública e os dados pessoais:

De qualquer sorte, temos que o Direito Fundamental à Segurança da coletividade pode prevalecer, no Estado Democrático de Direito, sobre os direitos fundamentais da pessoa humana que, eventualmente, coloquem em risco ou provoquem danos a esta comunidade, mas tão somente no limite do necessário à restauração da segurança ameaçada/violada, prestando contas o Estado, por ação e omissão, dos seus atos (Leal, 2020, p. 167).

Veja-se que há visível conflituosidade entre os direitos, uma vez que não se oferecem soluções jurídicas específicas. Paralelamente, destaca-se que a LGPD oferece, por exemplo, o direito de explicabilidade de decisões tomadas de modo automatizado – reconhecimento facial com IA está nesse ponto. Entretanto, como já referido, a própria LGPD exclui sua aplicação em sede de segurança pública, inviabilizando o seu uso como fundamento para proteção da pessoa.

Atualmente, o país e o mundo buscam tratar da temática em sua perspectiva regulatória. Na União Europeia, trata-se do *IA Act*, mecanismo comunitário para tutela da IA na Europa. No Brasil, existem diversos projetos básicos com o mesmo objetivo, todavia sem aprovação em qualquer turno até o momento. Considerando a perspectiva adotada do presente trabalho, não se buscará analisar detidamente os casos brasileiros. Todavia, a fim de exemplificar o tratamento da questão no Brasil, em leitura do Projeto de Lei nº 2338/2023, ainda em tramitação preliminar no Senado Federal, o campo da inteligência artificial na atividade de segurança pública como de risco excessivo, possibilitando o seu uso ou por autorização judicial ou por autorização legislativa específica, prevendo medidas proporcionais e adequadas.

Denota-se que a necessidade regulatória é urgente, sob pena de violação a liberdades civis e direitos importantes do cidadão. Como bem advertem Freitas e Freitas (2020, p. 57) “ou a IA presta obséquio à liberdade intersubjetiva, ou não passa de instrumento de

desinteligência artificial e antinatural. Nada é mais urgente, no reino da regulação, do que direcionar sabiamente a IA". Necessária e urgente a formulação dos parâmetros normativos do uso de IA na segurança pública. Nesse sentido, em relação à regulação no uso de tecnologias e inteligência artificial para segurança pública, evidencia-se deficitária a proteção estatal.

5. Conclusões

O presente artigo teve por objetivo realizar uma análise das políticas de inteligência frente ao direito fundamental social da segurança pública. Do quanto foi exposto neste trabalho é possível extrair algumas conclusões e diretrizes sobre a temática. O texto discutiu a formulação de políticas públicas, especialmente no contexto da atividade de inteligência e segurança nacional, destacando a importância da participação democrática e da transparência.

Nesse contexto, é possível extrair algumas conclusões e diretrizes de aperfeiçoamento. A formulação de políticas públicas envolve decisões em todos os momentos e fases, o que destaca a complexidade e a importância do processo decisório, sendo crucial identificar e aperfeiçoar os modelos e agentes decisórios fundamentais para a política pública, garantindo a sua eficácia e legitimidade.

Nessa linha, a ampliação democrática evidencia uma necessidade de ampliar o aspecto participativo nas decisões, tanto nos objetivos e diretrizes quanto na estrutura organizacional, visando uma maior participação da sociedade. É sabido, nesse sentido, que a legitimidade das ações do Estado, especialmente na atividade de inteligência, ocorre pela comunicação e pela deliberação pública das ações e fundamentos da política pública.

Outro ponto conclusivo de extrema relevância é a regulamentação do tratamento e uso de dados pessoais para atividades de inteligência e de segurança pública é essencial para garantir a privacidade e a proteção dos dados. Trata-se de debate sobre a transparência e segurança nacional, pois apesar das questões sigilosas envolvendo a segurança nacional, é fundamental ampliar a transparência das políticas públicas, tornando-as reservadas e observadoras dos ditames de privacidade e proteção de dados.

Por fim, abrangendo todos os pontos vistos, a normatização é fator importante da política pública, podendo melhorar sua efetividade, especialmente considerando os direitos envolvidos durante todo o ciclo da política pública. Em suma, a formulação de políticas públicas, especialmente na área de inteligência e segurança, requer uma abordagem democrática, transparente e que respeite os direitos fundamentais.

Referências

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

ARROYO, César Landa. Derecho fundamental al Internet: contenido esencial. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-22, out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8447>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.

BRANDÃO, R.; ARBIX, G Artificial Intelligence, Ethics and Public Policy— The Use of Facial Recognition Systems in Public Transport in the Largest Brazilian Cities. *Journal of Service Science and Management*, 15, p. 551-575, 2022, doi: 10.4236/jssm.2022.155032. Acesso em: 20 ago. 2024.

CARDOSO, Bruno. Estado, tecnologias de segurança e normatividade neoliberal. In: *Tecnopolíticas da Vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 91-106.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *A sociedade em rede*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FERONI, Cerrina. La sicurezza: un valore superprimario. In *Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*. Roma: Rubbettino, 2008.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Il diritto costituzionale alla sicurezza. In *Forum on line di Quaderni costituzionali*, acessado pelo sítio: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf, Acesso em 20 ago. 2024.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: desafios para o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LANDA, César. (2016). Derecho fundamental al Internet. *Primeras Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. p. 1-26, 2016. Disponível em: <http://themis.pe/wp/wp-content/uploads/2016/07/Derecho-al-Internet-y-Libertad-de-Expresio%CC%81n.docx>. Acesso em: 01 ago. 2023.

_____. Contenido esencial del derecho fundamental a internet: teoría y praxis. *Libro homenaje del Área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Landa*. Lima: CICAJ, p. 145-173, 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169015/landa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2024.

LEAL, Rogério Gesta. Direito fundamental à proteção de dados em tempos de pandemia: necessárias equações entre segurança pública e privada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 357-374, jul./dez., 2020.

_____; GILIOLI, Volnete. *A segurança pública como direito fundamental social na sociedade de riscos: qual a função do direito penal?* Chapecó: Unoesc, 2018. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 01 ago. 2024. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i1.4103>.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 01 ago. 2024.

NOVAIS, J. R. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Pablo. Vigilância da cor: a tecnologia de reconhecimento facial e sua utilização no Brasil. In: *Tecnologia, Segurança e Direitos: Os usos e riscos de sistemas de reconhecimento facial no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2022. p. 35-60.

RECK, Janriê Rodrigues. *O direito das políticas públicas: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista de Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, Nº. 2, julho/2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/unio.4.2.2>. Acesso em: 04 ago. 2024.

TORRE, Alessandro (*a cura di*). *Costituzioni e sicurezza dello Stato*. Rimini: Maggioli Editore, 2014.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

A tortura no banco dos réus: uma análise crítica sobre a (in)compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

Sumário

Introdução. 1. Os mandamentos constitucionais de criminalização: uma necessária introdução conceitual. 2. O controle de constitucionalidade sobre as leis penais. 3. Uma análise sobre a compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97. Considerações finais. Referências.

Resumo

Este artigo examina a efetividade da Lei nº 9.455/97 à luz do mandamento constitucional de criminalização da tortura, questionando se a legislação penal vigente atende aos rigorosos requisitos impostos pelo constituinte originário. Adotando uma metodologia dedutiva e de pesquisa bibliográfica, o estudo analisa os preceitos primários e secundários da Lei de Tortura, discutindo a compatibilidade material com os princípios constitucionais, especialmente o da proporcionalidade. O primeiro capítulo introduz o conceito de mandamentos de criminalização, destacando sua natureza vinculante. O segundo capítulo aborda o controle de constitucionalidade das leis penais pelo Supremo Tribunal Federal, enfatizando o princípio da proporcionalidade. O terceiro capítulo realiza uma análise crítica da Lei nº 9.455/97, identificando possíveis omissões inconstitucionais e desproporcionalidades nas sanções penais. Conclui-se que a legislação atual apresenta falhas que comprometem a plena eficácia do mandamento de criminalização da tortura, sugerindo a necessidade de ações de controle de constitucionalidade para corrigir tais deficiências e garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Abstract

This article examines the effectiveness of Law No. 9.455/97 in light of the constitutional mandate to criminalize torture, questioning whether the current penal legislation meets the stringent requirements imposed by the original constituent. Adopting a deductive methodology and bibliographic research, the study analyzes the primary and secondary provisions of the Torture Law, discussing material compatibility with constitutional principles, especially proportionality. The first chapter introduces the concept of criminalization mandates, highlighting their binding nature. The second chapter addresses the constitutional control of penal laws by the Supreme Federal Court, emphasizing the principle of proportionality. The third chapter conducts a critical analysis of Law No. 9.455/97, identifying possible unconstitutional omissions and disproportionalities.

* 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 Acadêmico 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.

in penal sanctions. It concludes that the current legislation presents flaws that undermine the full efficacy of the criminalization mandate of torture, suggesting the need for constitutional control actions to correct these deficiencies and ensure effective protection of fundamental rights.

Palavras-chave: Tortura. Dignidade humana. Controle de constitucionalidade. Mandamento de criminalização. Proporcionalidade.

Keywords: *Torture. Human dignity. Constitutional control. Criminalization mandate. Proportionality.*

Introdução

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987, marcada pelo resgate da democracia após duas décadas de regime autocrático, refletiu a imperiosa necessidade de erradicar a prática recorrente da tortura. A Constituição, ao elevar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, expressamente proibiu a tortura e vedou penas cruéis, por se tratar de prática abjeta e intrinsecamente desumana, coisificando e degradando a vítima. O poder constituinte originário, no inciso XLIII do artigo 5º, não só exigiu do legislador ordinário a criminalização da tortura, repudiando veementemente essa vil conduta criminosa, mas, também, determinou-lhe consequências jurídico-penais mais severas para dissuadir a sua prática, como a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de anistia e de graça, reforçando sua manifesta aversão à sevícia.

Diante desse contexto, é imperativo questionar a efetividade das medidas legislativas adotadas para erradicar essa prática repugnante, prescrutando se a legislação criminal brasileira, em especial a Lei nº 9.455/97, atentou-se verdadeiramente ao repúdio expresso da tortura pelo constituinte originário, ao tipificar os tipos penais incriminadores, suas penas e o regime inicial de seu cumprimento, em um exercício de controle de constitucionalidade sobre essa norma penal. Para isso, será adotado um enfoque metodológico que se baseará principalmente em pesquisa bibliográfica, abrangendo autores que dissertaram sobre o tema principal e assuntos correlatos. O método dedutivo será empregado como estratégia para a análise crítica dos elementos apresentados, proporcionando uma compreensão mais aprofundada das implicações jurídicas e sociais desse importante precedente no cenário internacional.

O presente artigo se estrutura em três capítulos distintos. No primeiro capítulo, “Os Mandamentos de Criminalização: Uma Necessária Introdução Conceitual”, será delineado o conceito de mandamentos de criminalização, identificando a sua natureza vinculante e obrigatória, bem como as suas fontes primárias na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos. Discutiremos, ainda, a relevância desses mandamentos para a proteção dos direitos fundamentais e a obrigatoriedade de sua observância pelo legislador ordinário.

No segundo capítulo, “O Controle de Constitucionalidade sobre as Leis Penais”, será abordada a necessidade do controle de constitucionalidade das leis penais à luz do princípio da proporcionalidade. Será analisada a transformação do princípio da legalidade, que limita a discricionariedade do legislador, exigindo conformidade das normas penais com os valores constitucionais. A atuação do Supremo Tribunal Federal será examinada, destacando os critérios utilizados pela Corte para a aferição da constitucionalidade das leis penais e processuais penais, especialmente em relação ao princípio da proporcionalidade, e ilustrando essa análise com exemplos jurisprudenciais relevantes.

O terceiro capítulo, “Uma Análise sobre a Compatibilidade Material entre o Artigo 5º, Inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97”, consistirá em uma avaliação crítica da Lei de Tortura, verificando se os preceitos primários e secundários dessa legislação atendem ao mandato de criminalização do constituinte originário e ao princípio da proporcionalidade. Será realizada uma análise sobre a tipificação dos crimes de tortura e a cominação de suas penas, além de discutir possíveis omissões inconstitucionais e desproporcionalidades nas sanções previstas, sugerindo, quando cabível, a propositura de ações de controle de constitucionalidade para a correção dessas falhas.

Com essa estrutura, o artigo visa proporcionar uma análise abrangente e aprofundada da criminalização da tortura no Brasil, considerando as ordens constitucionais e os princípios jurídicos que orientam a atuação do legislador e do Poder Judiciário, destacando a importância do respeito aos direitos fundamentais e da efetividade das normas penais para a construção de um Estado Democrático de Direito.

1. Os mandamentos constitucionais de criminalização: 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 expresso 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).

Há, todavia, é bem verdade, autores que discordam da assimilação da existência de mandamentos de criminalização extraídos do texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo de Dimitri Dimoulis (2005, p. 112), para quem parece inconcebível “castigar em nome dos direitos humanos”, revelando-se repreensível, sob sua óptica, responder à violência exercida contra os direitos humanos com outra violência, a saber, a criminalização de condutas, uma forma inadvertida de se tutelar os bens jurídicos em jogo.

Em sentido oposto, afirma Luciano Feldens (2005, p. 31):

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica,

hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano- ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.

De qualquer forma, de todo oportuna a defesa dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de Jaceguara Dantas da Silva Passos (2011, p. 103) frente à objeção sustentada por autores refratários àquele instituto:

[...] assegurar a efetividade dos mandados de criminalização, com a consequente punição dos violadores dos Direitos Humanos mediante a tutela penal, não é forma de vingança, mas sim a utilização dos meios necessários para o respeito de relevantes bens jurídicos e diminuição dos abusos.

Assim, “[...] nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.” (Ramos, 2006, n/p).

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, considerada analítica e prolixa, devido aos seus 250 artigos em vigor, foi generosa na definição de um extenso rol de direitos fundamentais, topograficamente alocados já no início de seu texto, o que evidencia a preocupação do legislador constituinte com a defesa da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mercê da supressão de direitos vivenciada na experiência autocrática imediatamente anterior à sua publicação.

Seguindo, assim, a tradição dos textos constitucionais pátrios antecedentes e latino-americanos, o atual texto magno brasileiro também previu mandamentos expressos de criminalização em seu bojo, muitos deles situados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), precisamente no artigo 5º, revestidos, portanto, da condição de cláusulas pétreas, à luz do que estabelece o seu artigo 60, §4º, inciso IV, o que reforça a convicção de que tais comandos, longe de serem consideradas ordens *punitivistas* aleatórias, têm, a rigor, por propósito a proteção eficiente e suficiente de direitos fundamentais reputados de maior esplendor e, portanto, dignos de um regime protetivo diferenciado.

Nesse sentido, o magistério de Salo de Carvalho (2015, p. 466):

Delineou-se o conceito de Constituição Penal para demarcar as opções no âmbito do direito penal e processual penal realizadas pelos constituintes de 1987, as quais se diferenciam nitidamente da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro. A constante dos textos constitucionais em matéria de direito penal e processual penal, até o advento da Constituição de 1988, era restringir a intervenção, ou seja, o escopo era demarcar rígidos limites de incidência do poder punitivo através de normas e princípios negativos, seguindo a tradição liberal de tutela dos direitos e garantias individuais. No entanto, a presença de normas com projeção

incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

A propósito, ao se debruçar sobre os mandados de criminalização da Constituição da República Federativa do Brasil, Luiz Luisi (2003, p. 58) foi por demais farta na função de propulsão da interferência criminal, com numerosas cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos¹.

A propósito do tema, com grande poder de síntese, ensina René Ariel Dotti (2011, n/p):

A Carta Política de 1988 prevê o que a doutrina chama de “mandatos constitucionais de criminalização”, valendo como exemplos os seguintes casos: (a) discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais; (b) prática do racismo; (c) tortura; (d) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; (e) terrorismo; (f) os crimes definidos como hediondos; (g) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (h) a retenção dolosa do salário do trabalhador; (i) o abuso do poder econômico; (j) o abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente; (k) as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 5.º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7.º, X; art. 173, §4.º; art. 227, §4.º e art. 225, §3.º, da CF.

¹ Com maiores minudências, “A Constituição brasileira de 1988 manteve incólume os princípios penais do Estado liberal, e introduziu uma série de normas visando ampliar a presença do direito penal. Convém acentuar que as Constituições contemporâneas têm sido moderadas ao impor ao legislador ordinário esse alargamento da tutela penal. A Lei Fundamental da República alemã se limita a impor no seu art. 26, I, a apenação do atentado à convivência pacífica dos povos, e a preparação de uma guerra de agressão. A Constituição italiana ordena que seja punida, isto é, criminalizada “qualquer violência física ou moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição da liberdade”, em seu art. II, 4. A Constituição espanhola vigente contém três cláusulas de criminalização, a saber: uma relativa ao meio ambiente (art. 45/3), outra concernente à proteção do “patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha” (art. 46) e uma terceira relativa a abusos da prerrogativa atribuída a órgãos do Estado de suspensão de determinados direitos individuais (art. 55/2). A nossa vigente Lei Magna foi nesta função de “propulsão” por demais farta. Numerosas as cláusulas que ordenam apenações, afora outras que impõem tratamento severo e extraordinário a certas modalidades de delitos. Em seu art. 5.º, a nossa Constituição dispõe no inc. XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No inc. XLII do mesmo artigo está prescrito que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”. No inc. XLIV do mesmo artigo, está previsto constituir crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático. E o inc. XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores, e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Também relevante, como norma pleonasticamente criminalizadora, a contida no §3.º do art. 192 da Carta Magna (LGL\1988\3). No referido art. está disposto que a cobrança de juros superiores a 12% ao ano “será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Merece, ainda, especial referência, no concernente às indicações criminalizadoras contidas na nossa Constituição o previsto no §3.º do art. 225 que determina fiquem sujeitos os que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, “pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Por fim, ainda, se deve ressaltar a norma contida no art. 228 da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, que versa sobre a maioridade penal.” (Luisi, 1996, n/p).

Definido o conceito de *mandamentos de criminalização*, assim como identificados a Constituição da República e os tratados internacionais de direitos humanos como suas fontes primárias, impende, doravante, debruçar-se sobre os contornos do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais pela Suprema Corte brasileira, com especial atenção ao princípio da *proporcionalidade*.

2. O controle de constitucionalidade sobre as leis penais

Como o objeto deste artigo é a realização do controle de constitucionalidade do mandamento de criminalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, é necessário direcionar o enfoque do trabalho aos critérios estabelecidos pela doutrina e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, para a aferição da *constitucionalidade* das leis penais e processuais penais brasileiras.

O Estado de Direito, como não se olvida, foi desenvolvido sob a premissa maior de limitar dos abusos do poder público e, ao mesmo tempo, potencializar o direito à liberdade de seus cidadãos, como contraponto às práticas do Estado Absolutista, razão pela qual o primado da *lei* se estabeleceu como a garantia de um critério objetivo que evitaria o desencadeamento de tratamentos privilegiados ou persecutórios em relação às pessoas da comunidade, consagrando o que se convencionou denominar de *Rule of law*.

De fato, a grande contribuição da instituição do Estado de Direito ao direito penal, sob os holofotes do iluminismo, foi o estabelecimento do princípio da *legalidade*, ao estabelecer que somente poderiam ser consideradas infrações penais aquelas previamente tipificadas em uma *lei*, em sentido estrito, aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, assim como somente essa espécie legislativa poderia definir suas respectivas penas:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida² (Bitencourt, 2022, p. 96).

Assim, estabelecido o princípio da legalidade como fundamento elementar do direito penal, “[...] cabe ao Estado – por intermédio de sua política criminal – programar politicamente as decisões sobre a forma que o controle penal será aplicado a fim de prevenir condutas socialmente nocivas.” (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

² A esse respeito, Bitencourt (2022, p. 96) aprofunda o seu pensamento: “A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da legalidade através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da legalidade é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”.

Ocorre que, com o fenômeno da *constitucionalização* do direito penal, fruto do *neconstitucionalismo*, que consolidou as ideias de supremacia e de força normativa da Constituição, a política-criminal do Estado, notadamente no que concerne à conformação legislativa, passa a sofrer uma relevante limitação, deixando de ser absolutamente discricionária para ter seu exercício condicionado aos valores constitucionalmente consagrados, assim, o direito penal somente pode intervir para a proteção dos mais importantes valores constitucionais e sempre da forma menos invasiva à liberdade de seus cidadãos. Vale dizer, “[...] a penalidade, por limitar drasticamente os direitos fundamentais (Oliveira, 2018, p. 205), necessita de uma legitimação constitucional.” (Oliveira, 2018, p. 213-224).

Em síntese,

[...] a política criminal se encontra vinculada à dogmática penal limitada pelo conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que, além de gozarem de consenso e aceitação, configuram a convivência entre o político bem comum e a dignidade humana. (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p).

Esse fenômeno ressignificou o princípio da legalidade, a partir do Estado Democrático de Direito, subordinando a legitimidade das leis penais e processuais penais não apenas à existência de uma lei formalmente aprovada que tipifique comportamentos criminosos e estabeleça sanções penais, mas, especialmente, à sua conformidade com a Constituição e, igualmente, com os tratados internacionais de direitos humanos:

Isso significa dizer que o império da lei, a base filosófica do Estado de Direito, não se contenta com a simples edição de uma lei advinda do legislador, porque não se acredita na suficiência da entidade da lei, aspecto caro ao formalismo jurídico e a escola positivista do direito. Ao contrário, a lei e sua correta interpretação pedem obediência para além do enunciado normativo: a Constituição e declarações internacionais de direitos humanos (legalidade material) - (Gavião Filho; Lyra, 2021, n/p)³.

É precisamente nesse momento histórico que, segundo Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p), emerge o princípio da *proporcionalidade* como princípio fundamental e regulador da política penal do Estado, atuando sob as instâncias de controle legislativo e jurisdicional das normas penais, harmonizando as exigências preventivas e punitivas da sociedade, com as liberdades individuais, na incessante busca pela segurança social.

Sobre o princípio em questão, apregoa Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) que

³ Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra (2021, n/p) aprofundam o pensamento exposto, da seguinte forma: “Por isso, medidas coercitivas e ameaças de sanção, intervenções necessárias na vida social, mas severas do ponto de vista das liberdades fundamentais, encontram limites no direito constitucional, o fundamento normativo e democrático do direito penal substantivo (Kudlich, 2018, p. 85). No limite, tendo-se a liberdade como valor primordial do Estado, a segurança necessária – outro valor fundamental – deve ser prestada com o mínimo de restrição possível, em respeito à dignidade da pessoa humana (Kudlich, 2018, p. 88), possibilitando-se a efetiva participação de todos os cidadãos na vida política, econômica e social, ou seja, o máximo possível de bem-estar”.

[...] a proporcionalidade – para o injusto culpável – caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado”, esclarecendo, ainda, que “sua relação com a dignidade humana é patente porque a aplicação da pena de forma desproporcional determina a restrição exagerada do campo de liberdade, e desequilibra a dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos.

A propósito, a estrutura normativa do princípio da *proporcionalidade*, segundo a doutrina clássica, é composta por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Ávila, 2009, p. 166). Em outras palavras,

Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais. (Bitencourt, 2022, p.139).

Portanto, para que o direito penal interfira na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos, deverá aferir a presença os seguintes vetores: i) *adequação*, analisando se o direito penal é um instrumento apto a alcançar a proteção do bem jurídico em exame, a retribuição do fato praticado e a prevenção geral e especial em relação ao crime; ii) *necessidade*, avaliando se realmente é necessária a intervenção do direito penal ao caso à baila, tendo em vista o seu caráter subsidiário e fragmentário; e iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, aferindo se os benefícios a serem alcançados com a seleção do comportamento humano como criminoso (efetiva proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos sociais dessa escolha – sacrifício aos direitos fundamentais dos potenciais infratores e aos interesses da própria sociedade.

Neste diapasão, nota-se que a transformação de um comportamento humano em infração penal, invariavelmente, impõe à coletividade uma indiscutível limitação, que somente será legítima se for compensada por uma efetiva vantagem: a eficaz proteção do direito fundamental tutelado pelo novel tipo penal; é dizer: a criação de tipos penais incriminadores deve ser efetivamente *compensadora* para a sociedade, logo, não é dado ao direito penal lastreado em premissas verdadeiramente democráticas cogitar incriminar comportamentos que tragam mais temor, ônus e limitação social do que efetivos benefícios à sociedade. Vale dizer:

Para concluir, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que

ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (Bitencourt, 2022, p. 144).

A aplicação do princípio da proporcionalidade sobre o direito penal, a propósito, apresenta-se por duas faces: a proibição da hipertrofia punitiva (*Übermassverbot*)⁴ e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)⁵.

Se, por um lado, o Estado tem o dever de não se exceder em seus meios de punição, por outro, conforme Claus-Wilhelm Canaris (2003, n/p), também assume o intransigível compromisso constitucional de tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos de forma eficaz e suficiente, de sorte que sua omissão ou a adoção de medidas parciais e insuficientes para a adequada proteção de tais direitos se revela *inconstitucional*, por afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a proibição da proteção insuficiente pode ser considerada uma operação que permite ao intérprete da norma penal aferir se um ato ou uma omissão (total ou parcial) do Estado vulnera um direito fundamental a que ele deve proteger, a exemplo da descriminalização do homicídio, que se revelaria inconstitucional diante da necessidade de proteção suficiente ao direito fundamental à vida⁶ (Feldens, 2005, p. 109).

⁴ Nesse sentido, “Com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuiram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção, ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade e o da lesividade” (Bitencourt, 2022, p. 139).

⁵ A propósito do tema, afirma Ingo Sarlet (2011, n/p): “Na seara do direito penal (e isto vale tanto para o direito penal material quanto para o processo penal), resulta – como já referido – inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação. Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)”.

⁶ A respeito do referencial jurisprudencial para a consolidação da vedação da proteção insuficiente como corolário do princípio da proporcionalidade, anuncia Ingo Sarlet (2011, n/p): “O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os

A propósito,

[...] trata-se, com a divisão da proporcionalidade como critério limitador da intervenção estatal no âmbito dos Direitos Fundamentais em proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente, de atribuir à jurisdição constitucional a difícil responsabilidade em tal equilíbrio: a intervenção penal não pode nem *sobrar*, e nem *faltar*. (Vieira, 2011, n/p).

Longe de se tratar de mera edificação teórica desprovida de aplicabilidade prática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há, ao menos, uma década, reconhece essa dupla face do princípio da proporcionalidade, a exemplo do trecho da decisão, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* nº 104.410:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrmassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p)

Sistematicamente, portanto, pode-se afirmar que o sistema de proteção dos direitos fundamentais é composto de uma proteção negativa, consistente na proteção estatal do indivíduo frente ao poder de punir do próprio Estado, e de uma proteção positiva, a saber, a tutela do Estado a direitos fundamentais de ataques de terceiros particulares. Assim, se, por um lado, o Estado deve prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente os direitos fundamentais de seu povo com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos, quer individuais, quer coletivos, em plena consonância com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista, ademais, a necessidade de o juízo de proporcionalidade ser sucedido por um juízo de *razoabilidade*, afinal, a mera retribuição proporcional à censurabilidade do fato praticado não atende aos seus fins, sem uma prévia avaliação

níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo), razão pela qual não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes), ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José Gomes Canotilho, que – embora mais próxima do sentido aqui adotado – fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um ‘defeito de proteção’”.

ponderada sobre a existência de outros meios de menor ingerência na liberdade do cidadão. Em outras palavras,

É exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (Bitencourt, 2022, p. 144)

Definida, assim, a estrutura normativa do princípio da proporcionalidade, com seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, assim como exposta a sua dupla face (proibição da hipertrofia punitiva e proibição da proteção deficiente), faz-se necessário avaliar de que forma esse postulado poderá servir de parâmetro, por parte do Poder Judiciário, para a efetivação do controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais.

Em que pese a considerável carga de subjetividade em relação aos critérios de aferição do princípio da proporcionalidade de leis penais e processuais penais, Bottini (2010, n/p) sugere ser:

[...] possível estabelecer critérios gerais relativos que ao menos tornem coerente o ordenamento do ponto de vista da proporcionalidade”, recomendando “a intensificação da pena quanto mais importante o bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão a este mesmo bem, e quanto mais reprovável o elemento subjetivo da conduta”.

Nessa perspectiva, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, n/p) afirma que:

[...] em sendo a proporcionalidade princípio norteador de todo o funcionamento do direito penal Democrático de Direito, o controle de sua observância caberá, em última instância, ao Poder Judiciário”, obtemperando à objeção de possível afronta à separação dos poderes que “o espaço de construção legislativa não é ilimitado e absolutamente discricionário, mas é pautado pelos princípios constitucionais derivados do modelo de Estado adotado”, de modo que “o papel do Judiciário como órgão de controle dos eventuais excessos do Poder Legislativo ganhou destaque”.

Assim, definida a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, sob a perspectiva de sua *proporcionalidade*, passa a ser necessário avaliar em que termos o Supremo Tribunal Federal tem realizado esse confronto, com ilustrações desse exercício em sua jurisprudência.

Apesar de que “[...] no Brasil, o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade

incidente sobre as leis penais.” (Sousa Filho, 2020, n/p), faz-se mister avaliar, a partir da análise de sua jurisprudência, exemplos dessa atividade para, após, chegar a algumas conclusões articuladas.

Validamente, Ademar Borges de Sousa Filho (2020, n/p) aponta como diretriz para o controle de constitucionalidade das leis penais o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP⁷, em que sustentou a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, oportunidade em que:

[...] sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis – controle de *evidência*, controle de *justificabilidade* e controle *material de intensidade* – de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão.⁸⁻⁹

Entretanto, em que pese a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade das leis penais, denuncia Ademar Borges de Sousa Filho (2021, n/p) que “[...] a realidade, nesse campo, é contraintuitiva: a jurisdição constitucional brasileira controla pouco (quantitativamente) e com baixo rigor (excessiva deferência ao legislador) a constitucionalidade das normas penais.”, evidenciando, quantitativamente, a baixa atuação do Pretório Excelso no campo do direito penal:

A título ilustrativo, o STF reconheceu repercussão geral a um total de 65 temas relacionados ao direito penal e processual penal. Desses casos, como visto, 16 serviram apenas para reafirmação de jurisprudência. Apenas 8 discutem a constitucionalidade de tipos penais ou de determinadas formas de sua interpretação. Esse número de temas penais e processuais penais cuja repercussão geral foi reconhecida (65 casos) representa cerca de 8% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF

⁷ Íntegra do voto disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁸ Sousa Filho (2020, n/p) assim pormenoriza a ideia exposta pelo Ministro Gilmar Mendes: “Esses três graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis foram assim resumidos pelo Ministro Gilmar Mendes: no primeiro nível, “o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias”; no segundo nível, “o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis”; e, no terceiro nível, “o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”.

⁹ Em semelhante sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 104.410, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, assim se manifestou: “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 (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais” (Supremo Tribunal Federal, 2012, n/p).

(770 casos). Se se considerarem os casos que discutiam temas estritamente penais (constitucionalidade de tipos penais ou de certas interpretações judiciais desses temas), eles representam cerca de 1% do total de temas cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF. (Sousa Filho, 2021, n/p)

Se, por um lado, o exercício do controle de constitucionalidade, em matéria criminal, pela Suprema Corte, em sede de controle *difuso*, já não é dos mais significativos, no que concerne ao controle *concentrado*, os números são ainda piores, segundo Sousa Filho (2021, n/p):

No campo do controle concentrado, a ausência de temas penais e processuais penais é ainda mais acentuada: apenas pouco mais de 20 de um universo de mais de 3 mil ações de controle concentrado com decisão final desde o ano 2000 trataram de algum tema penal ou processual penal. Isso representa ínfimos 0,06% do total de ações de controle concentrado examinadas pelo Tribunal nos últimos vinte anos. Somente três decisões do Plenário do STF declararam inconstitucionais determinadas interpretações de leis penais incriminadoras: (i) a inconstitucionalidade da criminalização da *marcha da maconha*; e (ii) a inconstitucionalidade da criminalização do aborto de feto anencefálico; e (iii) a não recepção da contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Diante desse diagnóstico, apresenta três propostas capazes de proporcionar o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no campo penal, sendo elas: i) renovação das funções do Tribunal Constitucional em relação à reformulação das leis penais; ii) diversificação das técnicas decisórias envolvendo matérias criminais; iii) intensificação do controle material e procedimental da constitucionalidade das leis penais (Souza Filho, 2021, n/p).

O Poder Judiciário brasileiro, conforme Souza Filho (2021, n/p), portanto, deve mudar a postura de atuação, passando de um controle de constitucionalidade *leve* para *intermediário*, mas adaptado à realidade brasileira, criando condições para que as instituições possam se adequar às determinações impostas pela Constituição da República, principalmente, no Direito Penal:

[...] defendo uma alteração profunda na intensidade com que o controle da constitucionalidade de leis penais é praticado. O STF, na esteira da jurisprudência comparada, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas importantes consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos

fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, rejeitando uma postura de extrema autocontenção por uma maior proatividade na averiguação da legitimidade dessas leis.

Malgrado a escassez de exemplos de controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre as leis penais e processuais penais brasileiras, especialmente sob o prisma do princípio da proporcionalidade, quer na modalidade “proibição da hipertrofia punitiva”, quer no viés “vedação da proteção deficiente”, há alguns exemplos de seu exercício em sua jurisprudência, revelando-se de todo conveniente pinçar alguns casos específicos, a título de ilustração.

Com efeito, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 979.962 (Supremo Tribunal Federal, 2021), julgado em repercussão geral (Tema 1003), em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional, por afronta ao princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da hipertrofia punitiva”, o preceito secundário do crime previsto no artigo 273, do Código Penal – o qual, em sua redação original, previa a pena de um a três anos de detenção para, a partir de 1998, por ocasião do “escândalo das pílulas de farinha”¹⁰ (Microvlar), passar a impor pena de dez a quinze anos de reclusão, reputando, doravante, hediondo esse delito –, com a consequente repristinação da pena originária.

Na oportunidade, contudo, a Suprema Corte deixou claro que, longe de ser a regra, a intervenção judicial sobre as penas abstratamente cominadas a tipos penais incriminadores é justificada, apenas excepcionalmente, quando, houver *gritante* desproporcionalidade, como se apresentava no caso sob julgamento:

[...] O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de *gritante* desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, §1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, *caput*), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, §3º). (Supremo Tribunal Federal, 2021, n/p).

¹⁰ Na oportunidade, com autoridade, Miguel Reale Junior (1999, n/p) criticou ferrenhamente essa postura legislativa: “Só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de “falsificação de remédios”, questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo”.

Lado outro, a Suprema Corte também já considerou *constitucional*, por atender à proibição da proteção insuficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, a pena de suspensão de habilitação aos motoristas profissionais que praticarem o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor, o crime de perigo abstrato do porte de arma e o delito de fuga do local do acidente.

Uma vez evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em realizar o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, notadamente sob o parâmetro do princípio da proporcionalidade, abrangendo, tanto a proibição da hipertrofia punitiva, quanto a vedação da proteção insuficiente, pretende-se, agora, aferir, pragmaticamente, se o mandamento expresso de criminalização concernente à tortura, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, foi satisfatoriamente adimplido pela legislação criminal brasileira, por intermédio da Lei nº 9.455/97, ou se, ao revés, há situação de omissão inconstitucional a ser judicialmente reparada.

3. Uma análise sobre a compatibilidade material entre o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República e a Lei nº 9.455/97

O momento histórico da Assembleia Nacional Constituinte, em 1.987, após duas décadas de vigência de regime *autocrático*, período durante o qual a prática da tortura foi recorrente por órgãos de repressão¹¹, justificou a premente necessidade de o poder

¹¹ Irene Patrícia Nohara (2009) explica, pormenorizadamente, o contexto subjacente às práticas de tortura durante o período militar: “A ditadura brasileira foi acompanhada pela montagem de um “aparelho de repressão sobre o alicerce da Doutrina da Segurança Nacional - DSN”, formulada no contexto da Guerra Fria e adotada no Brasil pela Escola Superior de Guerra - ESG. A DSN foi a ideologia oficial das Forças Armadas após 1964 e se voltou à caça do inimigo interno, promovendo a proliferação de órgãos e regulamentos de segurança. (...) Para garantir a DSN, foi criado o Serviço Nacional de Informação - SNI, em junho de 1964, no vértice do qual estava o Conselho de Segurança Nacional - CSN. (...) Com a decretação do AI-5, a espionagem passou a atuar a serviço dos setores da ala linha dura dos militares; mas, mesmo com o endurecimento do SNI, ainda assim o órgão se manteve como produtor de informações, não se envolvendo diretamente nas operações de segurança. Estas, conforme explica Carlos Fico, designavam eufemisticamente ações envolvendo “prisões, interrogatórios, torturas e extermínios, praticados pelo Sistema DOI-Codi, pelos órgãos de informações dos ministérios militares (CIE, Cisa e Cenimar) e pelos departamentos de ordem política e social estaduais”. DOI-Codi era a abreviatura do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna e foi um centro de tortura dos que se opunham à ditadura. (...) Conforme enfatizado nos documentos produzidos pelo relatório Brasil: nunca mais, tanto o Dops - Departamento de Ordem Política e Social, de âmbito estadual, como as Delegacias Regionais da Polícia Federal, atuaram também com relativa autonomia na prática reiterada de investigações, interrogatórios, torturas e execuções. No caso de São Paulo, relata-se, conforme conteúdo de diversas denúncias, que o Dops chegou a torturar e matar tanto quanto o DOI-Codi. Constata-se, portanto, que a tortura no período da ditadura militar brasileira não foi fato disseminado com ausência de planejamento. Partiu, na realidade, de metodologia científica incluída no currículo de formação dos militares e implementada não apenas por aprendizagem teórica, mas também por aulas práticas com “cobaías” vivas. É, portanto, equívoco considerar a tortura ocorrida na época como efeito acidental ou excesso produzido por alguns militares sádicos, mas, diante deste estado de coisas, tratou-se de política (policy), relacionada com a distorcida Doutrina da Segurança Nacional, planejada e executada por órgãos do Estado. Essa política foi produtora de subjetividade no conjunto do tecido sócio-histórico, atingindo de forma mais imediata tanto suas vítimas diretas como nas suas famílias e descendentes e: “Muitas vezes as vítimas da tortura, por sua própria vontade ou aconselhadas por familiares, agrupamentos políticos ou advogados de defesa, optaram por silêncio, em seus interrogatórios na Justiça sobre as torturas que padeceram, temendo, como a muitos sucedeu, que a denúncia induzisse a uma condenação antecipada. Muitos não falaram de seus sofrimentos com medo de retornarem às sessões de tortura (...). No entanto, os que ousaram descrever os suplícios de que foram vítimas, os modos e instrumentos de tortura, os locais, a assistência médica e os nomes dos torturadores, e tiveram suas palavras consignadas nos autos processuais pela própria voz autorizada do Tribunal Militar permitiram constatar que, no Brasil de 1964 a 1979, a tortura foi regra, e não exceção, nos interrogatórios de pessoas suspeitas de atividades contrárias aos interesses do Regime Militar.”

constituente originário, ao sobrelevar a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, tomar a providência de garantir, na maior medida possível, no corpo do texto constitucional, a proteção do cidadão contra tais odiosas práticas.

Com efeito, tamanha a preocupação do legislador constituinte com a *tortura*, mercê das recentes e indelévels marcas deixadas pela ditadora militar, que, já no terceiro inciso de seu artigo 5º, estabeleceu que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, tratando, ainda, de vedar as penas cruéis, no inciso XLVII do indigitado dispositivo.

Todavia, como bem obtemperam Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p),

[...] ainda que inexistisse dispositivo constitucional específico vedando expressamente a tortura, tal prática implica inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa, transformando-a em mero objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, incompatível com a dignidade da pessoa.

Imbuído do espírito de especial proteção da dignidade da pessoa humana, no inciso XLIII do artigo 5º, o poder constituinte originário ordenou ao legislador ordinário não apenas a *criminalização* da tortura, evidenciando o seu repúdio em relação a esse comportamento vil, como, também, determinou que as consequências jurídico-penais aos processados e condenados por esse delito fossem mais gravosas, indicando, como exemplos, a sua inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça e de anistia.

De fato,

[...] a tortura, além de crime contra a humanidade, ofende o Estado Democrático de Direito (...), mormente quando praticada por agentes públicos, essa conduta viola um dos seus conceitos básicos, qual seja, a de que ele e seus funcionários estão submetidos ao império da Lei”, ensina Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007, p. 258).

Vale dizer, “a tortura, a exemplo da escravidão, é a negação desse Estado” (Gonçalves, 2007, p. 258).

Ademais,

[...] a tortura é crime que representa tamanho desprezo à pessoa, tamanho vilipêndio à sua honra e integridade física, que quando um ser humano

Concordamos, conforme exposto, com a explicação de Marionilde Dias Brepohl de Magalhães de que a tortura foi transformada em método científico, criteriosamente planejado, com a finalidade de obter informações de atividades ou indivíduos considerados inimigos internos da nação. Por meio da tortura, expõe Brepohl, o governo militar garantiu a eliminação de muitos líderes de movimentos de resistência e de oposição, o que lhe possibilitou orientar suas ações sem necessitar estreitar vínculos de legitimação com a sociedade civil como um todo. Ela também foi realizada em conjunto, conforme visto, a uma política de vigilância e controle da sociedade, na criação de uma rede de informações e espionagem”.

é torturado, neste exato momento, rompem-se diferenças culturais, ideológicas, políticas, e a humanidade, como um todo, é violada com os suplícios afligidos à dignidade humana, pois todos, sem exceção, a possuem. (Nohara, 2009, n/p)

Malgrado a repulsa estampada pelo poder constituinte originário em relação à tortura, com a imposição da ordem de criminalização desse comportamento desprezível, por quase uma década o legislador ordinário se quedou inerte em proceder ao seu acatamento, até que “[...] em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais-militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional.” (Franco, 2010, n/p) ¹²⁻¹³.

Sucedeu, então, que “[...] sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07.04.1997”, conforme recorda Alberto Silva Franco (2010, n/p).

Mário Coimbra (2015, n/p), ao invocar a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, afirma que:

¹² A respeito da conjuntura histórico-legislativa da Lei de Tortura, explica Alberto Silva Franco (2010, n/p): “Em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais-militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional. O que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia, com frequência, na ação de policiais, militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou, subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram ainda devidamente esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham desprezado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, através das emissoras de televisão e de rádio e, também da imprensa escrita, despertaram a opinião pública que se mobilizou, de modo incisivo, no sentido de pôr paradeiro aos atos de tortura, que eram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação. Essa tardia e densa manifestação da sociedade permitiu - embora não se saiba durante quanto tempo os meios de comunicação de massa serão direcionados para tal objetivo - um processo de reavaliação dos direitos fundamentais da pessoa humana e serviu de poderosa alavanca para a movimentação do Congresso Nacional. Com isso, apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07.04.1997, publicada no DOU 08.04.1997.”

¹³ Em semelhante sentido: “Se a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) foi editada de afogadilho, como ressaltamos na primeira parte deste trabalho, com o afã de dar uma resposta à sociedade, vítima na época de uma onda de sequestros (extorsão mediante sequestro); se a Lei n. 8.930/94, que incluiu o homicídio qualificado e o simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, foi fruto de mais de um milhão de assinaturas sob o impacto do brutal assassinato da atriz Daniella Perez, não é menos verdade que a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, “que define os crimes de tortura e dá outras providências”, situa-se *mutatis mutandis* dentro do mesmo contexto psicossocial: precisamos mostrar à sociedade que as apurações serão rigorosas e os culpados severamente punidos. Outra fosse a conjuntura, não teríamos uma lei de tamanha importância sancionada apenas dois dias após o episódio da favela Naval, em Diadema, quando tramitavam nas duas casas legislativas diversos projetos cuidando da matéria. Tanto esta como aquelas são fruto de uma política de “tentar tapar o sol com a peneira” sem nenhuma preocupação de enfrentar a criminalidade e a segurança com um pouco mais de seriedade. (...) Além do mais, de uns tempos para cá, o que foi editado de leis penais esparsas foi coisa de deixar qualquer penalista perdido. Mas, em *suma, habemus legem*, depois de quase dez anos da previsão constitucional do inciso XLIII do art. 5º.” (Monteiro, 2015, p.267).

[...] ao motivar os preceitos contra a prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo, reconheceu, expressamente, que os direitos ali reconhecidos “emanam da dignidade inerente à pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana, como objeto jurídico central do delito de tortura, apresenta, também, como bens jurídicos tutelados, “[...] a integridade física e psíquica da pessoa humana, a saúde física e mental, em suma, a vida humana. Mas sem dúvida também está protegida a liberdade psíquica e física da pessoa em sua autodeterminação.” (Monteiro, 2015, p.271)“.

Ingressando na análise da compatibilidade da Lei 9.455/97 com a atual ordem jurídico-constitucional, observa-se que o diploma normativo em questão tipificou cinco condutas *comissivas* caracterizadoras da tortura, a saber, i) tortura-prova¹⁴, ii) tortura para o crime¹⁵; iii) tortura-preconceito¹⁶; iv) tortura-castigo¹⁷; e v) tortura do preso¹⁸, cominando penas de reclusão de dois a oito anos, e uma *omissiva*: a tortura por omissão, sancionadas com reclusão de um a quatro anos¹⁹.

Com salutar poder de síntese, a respeito do tema, ensina Batisti (2002, n/p):

Especificamente, a Lei 9.455/97 refere a conduta de constrangimento com emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental, e a conduta de submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Ainda caracteriza como tortura a submissão de pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. A lei ainda estabelece uma pena menor em espécie e graduação para aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, o que, diga-se, não corresponde a participação.

¹⁴ Artigo 1º, inciso I, “a”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁵ Artigo 1º, inciso I, “b”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: para provocar ação ou omissão de natureza criminoso” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁶ Artigo 1º, inciso I, “c”, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: em razão de discriminação racial ou religiosa” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁷ Artigo 1º, inciso II, Lei 9.455/97: “Constitui crime de tortura: submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁸ Artigo 1º, §1º Lei 9.455/97: “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal” (Brasil, 1997, n/p).

¹⁹ Artigo 1º, §2º Lei 9.455/97: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos” (Brasil, 1997, n/p).

No que diz respeito aos preceitos primários da Lei 9.455/97, grosso modo, pode-se dizer que logrou o legislador ordinário descrever comportamentos criminosos que atendem à ordem de penalização referente à tortura, ao outorgar proteção penal em face de quem o faz com o fim de *produzir prova*, de *provocar* uma outra *conduta criminosa*, ou em razão de *discriminação racial* ou *religiosa*, mediante violência ou grave ameaça, afligindo sofrimento físico ou mental contra a vítima, sem prejuízo de não ter se olvidado da igualmente necessária tortura por omissão em relação àqueles que negligenciaram o seu dever de evitar a sua causação ou de sua apuração.

Semelhantemente, previu a punição de quem submete outrem, sob sua guarda, poder ou autoridade com emprego de violência ou grave ameaça, a *intenso* sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar *castigo pessoal* ou medida de *caráter preventivo*, assim como sujeitar *pessoa presa* ou sujeita à *medida de segurança* a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

A única objeção que se faz em relação aos preceitos primários desse diploma legal dizem respeito ao tipo penal capitulado em seu artigo 1º, inciso I, alínea “c”: a denominada tortura-preconceito, cuja caracterização está circunscrita a razões raciais ou religiosas, o que afasta o comportamento torturador que tenha por motivação a opressão de outros grupos minoritários, como, por exemplo, por razões *homotransfóbicas* ou *xenofóbicas*, sob pena de inadvertida analogia “*in malam partem*” e desprezível interpretação extensiva de tipo penal incriminador, relegando a subsunção típica aos delitos menos protetivos da legislação penal ordinária.

Neste particular, claramente, percebe-se uma omissão inconstitucional em relação à falta de descrição de outros grupos vulneráveis minoritários, igualmente suscetíveis à tortura, além daqueles expressamente previstos, os quais estão desprovidos da proteção jurídico-penal aqui assegurada em razão da *raça* ou em virtude da *religião*, motivo por que é pertinente a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que declare a mora do Congresso Nacional neste ponto.

Novamente, convém repisar, contudo, que o objeto dessa ação não pode ser excessivamente amplo, a ponto de reivindicar a inclusão de todo e qualquer grupo vulnerável atualmente identificados – e os que acaso venham a existir futuramente –, o que afrontaria o princípio da taxatividade penal, corolário do princípio da legalidade, e flertaria com a analogia incriminadora e a interpretação extensiva na subsunção de tipo penal incriminador. Ao contrário, o legitimado ativo deverá indicar, expressamente, cada grupo minoritário sujeito à opressão social que permita o seu enquadramento jurídico como vítima de tortura.

Acerca do sujeito ativo do crime de tortura, embora “[...] o art. I, 1, da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Res. 39/46 da Assembleia Geral da ONU, 10.12.1984), ao conceituar tortura, vincula-se a ‘um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial’”. (Sarlet; Weingartner Neto, 2015, n/p), curiosamente, à exceção da figura da tortura-castigo, cujo autor deve ter a guarda, o poder ou a autoridade sobre a vítima, todos os demais tipos penais dessa lei são crimes *comuns*, vale dizer, podem ser praticados por quaisquer pessoais.

Em que pese exista entendimento em sentido contrário²⁰, o alargamento dos sujeitos ativos do crime de tortura para além dos servidores públicos:

[...] não torna a opção da Lei 9.455/1997 inconstitucional”, como defendem Ingo Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p) seja porque “a vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximos) de tutela penal”, ou porquanto “o espaço de configuração legislativa inclusive nessa seara, o que, de resto, guarda sinergia com a própria normativa internacional citada.²¹

Por outro lado, de todo conveniente, doravante, aferir se os preceitos secundários dos tipos penais incriminadores da Lei 9.455/97 alcançaram a missão constitucional de reprimir, suficientemente, os comportamentos legalmente definidos como tortura.

Antes, porém, abre-se um parêntese: digno de menção que a legislação à baila ordenou, em seu artigo 1º, §7º, que, em caso de condenação, todos os torturadores iniciarão o cumprimento da pena em regime *inicial fechado*²², à exceção da tortura por omissão, tipificada no §2º, do indigitado dispositivo.

Uma importante observação se faz necessária: em 1.997, quando da publicação da Lei de Tortura, a Lei de Crimes Hediondos previa regime *integral* fechado, ao passo em que aquela inovou ao permitir o regime *inicial* fechado, o que conduziria à conclusão de que, nada obstante a equiparação da hediondez em relação à tortura, os condenados por este crime poderiam obter a progressão de regime.

²⁰ Nesse sentido, Franco (2010, n/p): o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático constituiria fato criminoso prescricional ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia”.

²¹ Com maior aprofundamento, argumentam Ingo Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2015, n/p): “Já nesse plano é preciso sublinhar que o legislador infraconstitucional brasileiro levou a efeito opção que não se revela imune a alguma polêmica. É que o legislador infraconstitucional desbordou daquilo que se poderia designar de leito natural, ou seja, do direito internacional, que conceitua a tortura como crime próprio, *a priori* restrito a um especial sujeito ativo, agente dotado de autoridade pública, de tal sorte que se chegou a cogitar da inconstitucionalidade da formulação legal doméstica, por configurar eventual excesso inconstitucional. Com efeito, o art. 1, I, 1, da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Res. 39/46 da Assembleia Geral da ONU, 10.12.1984), ao conceituar “tortura”, vincula-se a “um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial”. Mas, tanto, não torna a opção da Lei 9.455/1997 inconstitucional, mesmo adotada a atual posição do STF que confere hierarquia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos devidamente internalizados. Primeiro, porque a “vinculação do legislador decorrente do específico dispositivo constitucional diz com a obrigação de construir fundamentos mínimos (e não de observar limites máximos) de tutela penal”. Clássico, no Estado democrático de direito, o espaço de configuração legislativa inclusive nessa seara, o que, de resto, guarda sinergia com a própria normativa internacional citada. Com efeito, lido na integralidade, o citado art. I da Convenção, no seu item 2, logo ressalva: “O presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de alcance mais amplo”.

²² Art. 1º, §7º, Lei 9.455/97: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

A propósito do tema, leciona Batisti (2002, n/p):

A Lei 8.072/90 estabeleceu o regime integralmente fechado para os crimes lá mencionados. (...). A Lei 9.455/97, contudo, alterou o tratamento quanto ao cumprimento de pena. Ou seja: determinou, tão somente, o regime fechado para início de cumprimento de pena, permitindo, assim, a progressão (restou desobrigado desse regime fechado inicial, ainda, o autor da omissão). A Lei 8.072/90 determinava o cumprimento de pena integralmente em regime fechado não só para os hediondos, como também para os crimes de tortura (e de tráfico ilícito e de terrorismo). Algum problema decorre disto? Não. A regra constitucional silenciava a respeito do regime. Sinalizou somente um tratamento mais rigoroso. A Lei 8.072/90 avançou no rigorismo, ao determinar regime integralmente fechado. A Lei 9.455/97 alterou a Lei 8.072/90, para determinar, tão somente, o início de cumprimento em regime fechado, decorrendo disto que é possível para os crimes de tortura a progressão.

Diante dessa previsão legislativa, em cotejo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado para os crimes hediondos e para o tráfico de drogas, uma indagação, naturalmente, sobressai: teria a Corte, em relação à tortura, entendimento diverso?

A resposta, como já era de se esperar, é negativa, com o afastamento da imposição *ex lege* do regime inicial fechado, conforme decidido pelo Pretório Excelso no HC nº 113.739²³ e no RHC nº 116.667²⁴, o que determina ao julgador a imposição do regime cabível de

²³ *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.464/2007). ORDEM CONCEDIDA. I – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade de concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. II – O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. III – Ordem concedida para que o juízo das execuções avalie se o paciente reúne os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como para que fixe o regime de cumprimento da pena de forma fundamentada, afastando a regra do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990. (HC 113739, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012) (Supremo Tribunal Federal, 2012g, n/p).

²⁴ “RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/3). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990 (REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Não prospera a alegação de ausência de fundamentação idônea na exasperação da pena-base, que foi aumentada em 6 (seis) meses (num intervalo de 10 anos) com supedâneo na quantidade de droga apreendida, fator que deve preponderar na fixação da reprimenda. II – A sentença condenatória fez incidir a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 e estabeleceu a redução na fração 1/3, com a seguinte justificativa: “há indícios do concurso eventual de agentes, porque: a) a droga estava acoplada em local de

acordo com os parâmetros legais fixados pelo artigo 33, §2º, do Código Penal, inclusive o *semiaberto* e o *aberto*.

A despeito de a Corte Suprema ser constitucionalmente reconhecida como a guardiã da Constituição, mais uma vez, discorda-se dessa interpretação constitucional, que eleva o direito fundamental à individualização da pena ao patamar de garantia absoluta, ignorando, por um lado, a fase *legislativa* desse princípio, que ordena ao legislador a quantificação proporcional de penas e faculta a forma como tais reprimendas serão cumpridas, e, por outro, a ordem específica do poder constituinte originário em reprovar de forma mais intensa esse comportamento atroz.

Assim, sugere-se a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o desiderato de que o Supremo Tribunal Federal pronunciasse a constitucionalidade do artigo 1º, §7º, da Lei 9.455/97, quanto à imposição de regime inicial fechado, visto que consonante com o mandado de criminalização apregoado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés “proibição da proteção insuficiente”, com efeitos “*erga omnes*” e eficácia vinculante, nada obstante com irrisórias possibilidades de provimento, notadamente porque, há, pelo menos uma década, a jurisprudência da Corte está firmada em sentido contrário.

Fechado o parêntese relacionado à previsão legal de regime inicial fechado para início do cumprimento de pena, retoma-se, agora, a análise sobre a constitucionalidade das sanções penais abstratamente cominadas nesse diploma legal, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente e da ordem de criminalização outorgada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Validamente, a Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º, estabelecem a pena de reclusão de dois a oito anos, situação em que seria cabível, ao menos em tese, o acordo de não persecução penal, ao passo em que a figura omissiva, capitulada em seu artigo 1º, §2º, por sua vez, impõe a pena de reclusão de um a quatro anos, o que permitiria, além do ANPP, a suspensão condicional do processo, o que evidencia desproporcionalidade frente ao indigitado mandado de penalização, um verdadeiro acinte ao postulado da proteção insuficiente em relação ao bem jurídico aqui tutelado.

difícil visibilidade (pneus); b) o réu declarou ter sido contratado para o transporte do veículo; c) o automóvel utilizado para o transporte ilícito de entorpecentes pertence a terceira pessoa”. III – O juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução de pena prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto. IV – A reprimenda fixada definitivamente - 4 (quatro) anos, 3 (três meses) e 10 (dez) dias de reclusão, num intervalo que varia de 5 a 15 anos – não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem. E não se pode utilizar “o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia). V – Mantida a reprimenda no patamar superior a 4 (quatro) anos, fica superado o pedido de conversão da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, porquanto não atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. VI – O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo no regime inicial fechado. VII – Recurso ordinário provido em parte, para determinar-se ao magistrado da execução que fixe motivadamente o regime inicial de cumprimento da pena, afastando a regra do §1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, declarado inconstitucional pelo Plenário desta Corte”. (RHC 116667, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013) (Supremo Tribunal Federal, 2013, n/p).

Com efeito, mesmo que fossem afastados tais benefícios despenalizadores, em caso de condenação, dificilmente a pena imposta superaria o patamar de quatro anos, o que permitiria, se primário o agente, ao arrepio da lei, mas em perfeita consonância com a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, a fixação do mais benevolente regime de cumprimento de pena existente no direito penal brasileiro, a saber, o *aberto*.

Aliás, neste caso, a vedação da substituição por penas restritivas de direito, mercê da violência ou grave ameaça inerentes à conduta, com a simples fixação do regime aberto é ainda pior, eis que, dada a ausência de casas do albergado Brasil afora, presentearia o torturador com a prisão albergue domiciliar, cuja fiscalização do cumprimento, como não se olvida, é sabidamente ineficaz, ao passo em que eventuais penas alternativas, ao menos, imporiam ao reeducando alguma atividade com viés pedagógico, a exemplo da prestação de serviços à comunidade.

Como se não bastasse, mesmo que imposta a pena máxima, ou seja, oito anos de reclusão – o que se revela raríssimo no cotidiano forense – ainda assim, em tese, seria imposto ao torturador o regime semiaberto para início de cumprimento de sua pena, afinal, somente se impõe o regime fechado em condenações superiores a esse patamar.

Por isso, em relação aos preceitos secundários dos tipos penais comissivos, demonstrar-se-ia razoável o estabelecimento de penas mínimas de cinco anos de reclusão, que obstariam a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, e, em caso de condenação, inviabilizariam a imposição de regime, com reprimendas máximas de nove anos de reclusão, o que autorizaria, nos casos mais censuráveis, a fixação de regime fechado, em caso de penas próximas às máximas.

Portanto, nessa perspectiva, a ordem de penalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, em relação aos preceitos secundários dos tipos penais da Lei nº 9.455/97, não foi adequadamente cumprida, porquanto cominadas penas privativas de liberdade com limites mínimos e máximos *aquém* do patamar razoável, permitindo o agraciamento dos agentes que praticarem essa infração penal, em tese, com o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo (este, apenas em sua figura omissiva), bem como a imposição de regime *aberto* ou *semiaberto*, na eventualidade de condenação, em violação, ainda, ao princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção insuficiente.

Assim, recomendável a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em relação às penas dos artigos Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º (reclusão de dois a oito anos) e do artigo 1º, §2º (reclusão de um a quatro anos), com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, *sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador*, dessas sanções penais, levando-se em consideração o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie, em relação àqueles preceitos secundários, a *inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto*, para que, malgrado mantido incólume o texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilidade agraciar o autor do fato com os benefícios despenalizadores da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, assim como a imposição de regime aberto e semiaberto, dissonantes em cotejo com o mandato de penalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

Considerações finais

Os mandamentos de criminalização, essas ordens potestativas e vinculantes, emanadas do poder constituinte, exercem um papel crucial na formatação da legislação criminal brasileira, estabelecendo diretrizes claras ao legislador ordinário para tipificar comportamentos reprováveis como crimes, protegendo, assim, bens e interesses fundamentais de forma integral e adequada. Nesse novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, como imperativos de tutela, destaca-se a ênfase na proteção da vítima e na punição de autores de graves atentados aos direitos fundamentais e humanos.

O fenômeno da constitucionalização do direito penal, impulsionada pelo neoconstitucionalismo, estabeleceu um novo paradigma no qual a política criminal não pode ser exercida de forma discricionária, mas deve respeitar os valores constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis penais, antes centrado apenas na legalidade formal, passou a demandar uma conformidade com o princípio da proporcionalidade, vetor axiológico crucial para se aferir a constitucionalidade das leis penais e processuais penais, desempenhando um papel relevante no equilíbrio entre a intervenção estatal e a salvaguarda dos direitos individuais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de certa escassez e excessiva deferência ao legislador ordinário, mostra exemplos discretos de aplicação do princípio da proporcionalidade, a exemplo do reconhecimento da inconstitucionalidade da pena sobremodo severa para determinados delitos, como, ilustrativamente, fez ao julgar inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, do Código Penal, ao considerar que afronta a vedação da hipertrofia punitiva, no Recurso Extraordinário 979.962/RS, ressaltando a proeminência desse postulado como baluarte da preservação do equilíbrio entre a norma penal incriminadora e os direitos individuais de seus cidadãos.

Entretanto, é evidente que há margem para aprimoramento na atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis penais. A proposta de intensificação desse controle, conforme sugerida, pode ser crucial para assegurar uma conformidade mais estrita das normas penais com os princípios constitucionais, garantindo que a restrição de direitos fundamentais seja sempre proporcional e necessária, erigindo o princípio da proporcionalidade como vetor axiológico orientador da legislação penal brasileira.

Ao se realizar o cotejo da compatibilidade material entre as sanções penais instituídas nos preceitos secundários na Lei 9.455/97, em confronto com o princípio da proibição da proteção deficiente e a ordem de criminalização do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, verifica-se, inicialmente, uma omissão inconstitucional no preceito primário do tipo penal capitulado em seu artigo 1º, inciso I, alínea “c”, denominado tortura-preconceito, cuja caracterização está circunscrita a razões raciais ou religiosas, inviabilizando a criminalização por razões homotransfóbicas ou xenofóbicas, recomendando-se, neste particular, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que declare a mora do Congresso Nacional neste ponto.

Nada obstante, outra clara e manifesta inconstitucionalidade, agora, por ação, depreende-se do texto da Lei 9.455/97: a manifesta desproporcionalidade nas penas cominadas, a saber, reclusão de dois a oito anos, que permite, exemplificativamente, a aplicação de benefícios despenalizadores, a exemplo do acordo de não persecução penal e da suspensão condicional do processo, assim como a imposição de regimes de cumprimento de pena mais brandos, como o *aberto* ou o *semiaberto*, comprometendo a eficácia do

mandado de penalização em questão e contrariando o espírito de tratamento penal mais recrudescido da tortura pelo poder constituinte originário.

Diante dessas considerações, sugere-se a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em relação às penas dos artigos Lei 9.455/97, em seus artigos 1º, incisos I (alíneas “a”, “b” e “c”) e II, e parágrafo 1º (reclusão de dois a oito anos) e do artigo 1º, §2º (reclusão de um a quatro anos), com o propósito de declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, com apelo ao legislador, dessas sanções penais, levando-se em consideração o princípio da vedação da proteção deficiente, consectário do princípio da proporcionalidade, ou, pelo menos, para que se pronuncie, em relação àqueles preceitos secundários, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para que, malgrado mantido incólume o texto legal, declare-se a inconstitucionalidade da interpretação que possibilidade agraciar o autor do fato com os benefícios despenalizadores da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, assim como a imposição de regime aberto e semiaberto, dissonantes em cotejo com o mandado de penalização insculpido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República.

Lado outro, no tocante à insegurança jurídica quanto à imposição do regime inicial fechado nas condenações por tortura, recomenda-se a propositura de ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com o desiderato de que o Supremo Tribunal Federal pronuncie a *constitucionalidade* do artigo 1º, §7º, da Lei 9.455/97, visto que consonante com o mandado de criminalização apregoado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição de 1.988, e com o princípio da proporcionalidade, em seu viés de proibição da proteção insuficiente, com efeitos “*erga omnes*” e eficácia vinculante.

Assim, com a procedência as três ações de controle concentrado de constitucionalidade sugeridas, o Supremo Tribunal Federal, como o guardião da Constituição da República, atenderá, fidedignamente, ao espírito do poder constituinte originário de estabelecer um tratamento jurídico-penal mais rigoroso aos condenados pelo desprezível delito de tortura, mercê do efeito dissuasório da prevenção geral negativa da pena, prestigiando, assim, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de natureza absoluta à *não tortura*.

Referências

- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 4 abr. 2022.
- BATISTI, Leonir. *Crimes hediondos e similares – constitucionalidade e compatibilidade de tratamento diverso*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 799, p. 448-460, maio 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 85, p. 267-296, jul.-ago. 2010. p. 467 – 494. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 1).
- CANARIS, C. W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

COIMBRA, Mário. *A tortura como crime internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, §4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

DOTTI, René Ariel. *Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1125 – 1140. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 6).

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Tortura: breves anotações sobre a Lei 9.455/97*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 327 – 349. (Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 7).

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; COSTA LYRA, José Francisco Dias da. A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 182, p. 69-103, 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados de Criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LUIZI, Luiz. *Direito penal e revisão constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729, p. 369, jul. 1996.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

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.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67, p. 125 – 161, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva. *Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de Direitos Humanos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5672/1/Jaceguara%20Dantas%20da%20Silva%20Passos.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

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.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 763, p. 415 – 431, maio, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 5).

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 163, p. 19 – 60, jan. 2020.

_____. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. São Paulo: JOTA – Opinião e Análise, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil-10092021>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 104.410/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06 de março de 2012. 2012e. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Habeas Corpus 113.739/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 16 de outubro de 2012. 2012g. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur218069/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Recurso em Habeas Corpus nº 116.667*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20 de agosto de 2013. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240634/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Recurso Extraordinário 979.962/RS*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 24 de março de 2021. 2021b. Brasília, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448439/false>. Acesso em: 14 nov. 2023.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Mandados implícitos de criminalização: da relação entre constituição e direito penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial*. Ciências Penais, São Paulo, v. 15, p. 419 – 450, jul./dez. 2011.

Recuperação judicial da empresa: direito de voz e de voto dos acionistas

Jorge Lobo*

“Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”¹
(Ronald Dworkin)

Sumário:

I – Finalidades deste ensaio. II – Doutrina, jurisprudência e legislação sobre os direitos e interesses dos acionistas da empresa em recuperação judicial. III – A completude do direito. IV – A incompletude do direito. V – A heterointegração para preencher a lacuna da LFRE. VI – O Direito Comparado como método para suprir a lacuna da LFRE. A – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. B – A doutrina pátria. VII – A participação dos acionistas no processo de recuperação da empresa no Direito Comparado. A – Lei de Falência dos Estados Unidos. (a) – Atuação individual dos acionistas. (i) Noção de *equity security* e *equity security holder*. (ii) Direito de serem ouvidos. (iii) Reunião de credores e acionistas. (iv) Direito de apresentarem um plano de reorganização (plano). (v) O plano deve ser justo e equitativo. (vi) Direito de os acionistas de modificarem ou rejeitarem o plano. (b) Comitê de credores e acionistas. (i) Comitê de credores quirográficos. (ii) Comitê adicional de credores e acionistas. (iii) Comitê oficial de credores e acionistas. (iv) Comitê não oficial de credores e acionistas. (v) Constituição, poderes e deveres dos comitês. B – Leis do Reino Unido. a) Lei das Companhias de 2006 – Parte 26A (Part 26A *Companies Act* 2006). b) Lei de Insolvência e Governança Corporativa de 2020 (CIGA) (*Corporate Insolvency and Governance Act* 2020 (CIGA)). C – Código da Crise da Empresa e da Insolvência da Itália. D – Código de Comércio da França. VIII – Recuperação judicial da Americanas: um escandaloso exemplo de desprezo pelos direitos e interesses dos acionistas minoritários. IX – A empresa, mola propulsora do desenvolvimento econômico e social de qualquer país. X – O Direito Comparado como fonte de inspiração para o aperfeiçoamento da LFRE. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo explora o papel dos acionistas minoritários no processo de recuperação judicial de empresas, destacando a falta de normatização para seus direitos de voz e voto na Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE). A análise inclui comparações com legislações estrangeiras, propondo reformas na legislação brasileira para garantir a participação dos acionistas minoritários no processo de reestruturação. Aponta ainda para a relevância do direito comparado como meio de suprir lacunas legais e inspirar melhorias na LFRE.

* Doutor e livre-docente em Direito Comercial pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Autor de dez livros sobre Direito Comercial e mais de duas centenas de ensaios, estudos e artigos doutrinários.

¹ *O Império do Direito*, Martins Fontes, 1999, p. XI.

Abstract

This article examines the role of minority shareholders in the judicial recovery process of companies, highlighting the lack of regulation regarding their rights to voice and vote under the Brazilian Law (LFRE). The analysis includes comparisons with foreign legislation, suggesting reforms in Brazilian law to ensure the participation of minority shareholders in the restructuring process. It also emphasizes comparative law as a means to fill legal gaps and inspire improvements in the LFRE.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Direito dos acionistas LFRE. Direito comparado. Acionistas minoritários.

Keywords: *Judicial recovery. Shareholders' rights. Brazilian Bankruptcy Law. Comparative law. Minority shareholders.*

I – Finalidades deste ensaio

Este ensaio visa demonstrar que:

1º. os acionistas *não* têm nem direito de voz nem direito de voto no processo de recuperação judicial da sociedade anônima, pois, na Lei nº 11.101, de 2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE)), Capítulos I a III, arts. 1º a 72, *não* há norma que regule os seus direitos e proteja os seus interesses;

2º. a omissão do legislador, consciente e voluntária, ou por falta de informação ou imprevidência, ou por uma questão de política legislativa, e a lacuna real da LFRE não podem ser supridas pelos meios previstos no art. 4º. da Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB));

3º. a lacuna *prima facie* da LFRE deve ser preenchida pelo Direito Comparado e

4º. o Poder Executivo, ou o Congresso Nacional, deve, com urgência, elaborar um anteprojeto de lei para disciplinar a matéria com inspiração nas legislações dos Estados Unidos, Reino Unido e Itália.

II – Doutrina, jurisprudência e legislação sobre os direitos e interesses dos acionistas da empresa em recuperação judicial

Os comercialistas brasileiros *não* estudaram a matéria, ainda.

Os tribunais de Justiça do país *não* foram instados a julgá-la, por enquanto. Há uma lacuna técnica, normativa, na LFRE.

Sem a prestimosa contribuição dos doutos e a orientação dos tribunais, o que incumbe a magistrado fazer se a analogia,² os costumes, os princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º) e a equidade (CPC, art. 140, par. único) não o auxiliam no cumprimento do indelegável dever de decidir os pedidos, formulados, nos processos sob sua jurisdição, no vácuo da lei?

² *In casu*, nem a analogia *legis*, nem a analogia *iuris*, fundadas no raciocínio silogístico, dão solução satisfatória, quer porque o legislador não a previu, quer porque, embora dela ciente, a ignorou.

O positivismo³ legalista estreito deplora a força criadora dos juízes, a *law in action* (Esser), o “direito dos juristas”,⁴ e sustenta que as regras jurídicas, embora abstratas e gerais, são precisas, claras, redigidas com esmero e primor, o que o impede o juiz – “escravo” da lei” – de agir com base em suas convicções mesmo no “silêncio” da lei, “silêncio” provocado pela pluralidade, heterogeneidade e imprevisibilidade de fatos jamais imaginados pelo legislador.

Exemplo de recente vazão da LFRE foi divulgado pelo advogado Amauri de Oliveira Melo Junior, do escritório Lollato Lopes Rangel Ribeiro Advogados, no Valor de 31/01/2024, p. E2, referente ao *stalking horse*.

O Autor esclarece: “(...) o *stalking horse* ou “cavalo de perseguição”, em tradução livre para o português, não possui previsão legal no Brasil”; contudo, ressalta, foi adotado “em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo”, conforme Ag. Inst. 2230472-34.2021.8.26.000, j. 30/02/2022, e “no mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Pernambuco”, conforme Ag. Inst. 00122277120228179000, j. 24/02/2023.

Antiga e emblemática hipótese de vácuo no campo da insolvência da empresa foi a atualização dos créditos quirografários na concorda preventiva, objeto de minha tese para a Docência Livre de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, submetida, em 1989, à Banca Examinadora, composta pelos professores doutores Caio Mario da Silva Pereira, Fran Martins, Osmar Brina Correa Lima, Dora Martins Carvalho e Theófilo de Azeredo Santos (presidente).

De 1945, quando baixado o Decreto-Lei. nº 7.661 (Lei de Falências e de Concordatas), até 1984, quando da promulgação da Lei nº 7.274, que criou um regime especial para a correção monetária das quantias correspondentes às prestações não pagas pelas concordatárias, na falta de norma legal sobre a matéria, “juízes e tribunais”, escrevi na Introdução da minha “tese de concurso”,

[o]ra inspirados nos princípios da isonomia, da autonomia da vontade, da *restitutio in integrum*, da perfeita equivalência das prestações das partes e do enriquecimento sem causa, têm procurado evitar, na imensidão dos casos submetidos a seu esclarecido julgamento nos últimos cinco lustros, que os nefastos efeitos da inflação tragam prejuízos para os jurisdicionados.⁵

O conhecimento de que existem lacunas na lei e lacunas no direito⁶ é intuitivo, prescinde de reflexão, porquanto a mente é incapaz de conceber o que há por vir, mormente na contemporaneidade devido às revoluções tecnocientíficas, biotecnológicas e digitais; à IA; às inovações prometidas pelos centros de pesquisa conhecidas pela sigla NBIC – convergência das nanociências, das biotecnologias, das ciências da informática e das ciências cognitivas –;

³ Karl Larenz, Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Munich, ensina: “*En filosofía del Derecho el positivismo (...) tiene una relación muy estrecha con el concepto positivista de ciencia, segundo el cual, fuera del terreno de la lógica y de la matemática, sólo es posible un conocimiento genuino mediante unas leyes de la naturaleza o de la vida, que se puedan probar empíricamente a través de la observación y en especial de modo experimental.*”, in *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas, 1993, p. 25.

⁴ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, Fundação Galoust Gulbenkian, 6ª. ed., p. 205/243.

⁵ *Correção monetária dos créditos quirografários na concordata preventiva*, Lumen Juris, 1990, p. 9.

⁶ Diz-se que há uma “lacuna no direito” quando a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade não resolvem a questão.

às técnicas ditas de *uploading*; à robótica; à engenharia genética; às ciências computacionais e cibernéticas; às mudanças climáticas etc., em que pesem os argumentos de notáveis jusfilósofos e juristas, de ontem e de hoje, aqui e alhures, que defendem a completude do direito com fundamento no “princípio da liberdade”, ou “princípio da plenitude hermenêutica”, ou “regra geral exclusiva”.

III – A completude do direito

O direito não apresenta lacunas, pois “*todo lo que não está proibido está permitido*”⁷, sentencia Zitelman, prócer da Escola do Empirismo Científico.

García Máynez, adepto da Escola do Ecletismo Jurídico, assevera:

*No hay lagunas en el derecho; pero sí en ley. Esta diferenciación lleva a sostener dos diferentes plenitudes en el ordenamiento jurídico: la formal – lagunas en el derecho – y la material – lagunas en la ley. La inexistência de las primeras la fundam en el principio de clausura de que “todo lo que no está prohibido está permitido.”*⁸

De igual sentir, Donati:

*(...) el principio de que ‘todo lo que no está prohibido está permitido’ es una norma positiva que integra el ordenamiento jurídico en pie de igualdad con las otras normas; implica la obligación de ‘no hacer’.(...) la plenitude jurídica es posible gracias a la integración de una pluralidade de normas; más la inferência inductiva de esa otra norma implícita (el principio de la plenitud hermenêutica); que considera periférica, general y correlativa de todas las otras normas.*⁹

Para não me alongar em demasia, eis um excerto da doutrina do magnífico autor da *Teoria Pura do Direito*.¹⁰

Com o título “As chamadas ‘lacunas’ do Direito”, após acentuar que, se determinada conduta não é “juridicamente proibida”, ela é permitida, Hans Kelsen explica:

O que importa na apreciação da teoria das lacunas é determinar as circunstâncias nas quais, segundo essa teoria, se apresenta uma ‘lacuna’ no Direito. Segundo essa teoria, o Direito vigente não é aplicável num caso concreto quando nenhuma norma jurídica geral se refere a este caso. Por isso, o tribunal que tem de decidir o caso precisa colmatar esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica. (...) Esta

⁷ *Apud El problema de las lagunas en el Derecho*, Marcela I. Basterra, Prof. Adjunta Regular de Direito Constitucional (UB), *Derecho & Sociedad*, p. 280. Disp. em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17178/17466>

⁸ *Apud* Marcela I. Basterra, p. 281.

⁹ *Apud* Marcela I. Basterra, *loc. cit.*

¹⁰ Martins Fontes, 2018.

teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite essa conduta.¹¹

Em suma, para essa erudita corrente de pensamento, a inexistência de lacuna do direito e da lei decorre do “princípio ou norma de liberdade”, perpetuado pelos juristas romanos no axioma *permitted quod non prohibetur* (“tudo o que não é proibido, presume-se (juridicamente) permitido”), e do “princípio do terceiro excluído”, isto é, ou há proibição, ou há absoluta liberdade (*tertium non datur*).

IV – A incompletude do direito

O direito é um conjunto sistemático e dinâmico de normas (princípios e regras); todavia nem sempre harmônico (devido às antinomias); incompleto (porque padece, inevitavelmente, de espaços jurídicos vazios¹²); imperfeito (amiúde injusto, contraditório); vezes sem conta escrito em linguagem demasiado genérica, construções ambíguas, frases obscuras, com elevado grau de abstração; repleta de “casos difíceis” (Dworkin), em virtude da “textura aberta do direito”, de “zonas de penumbra de incerteza” (Hart).¹³

Em um mundo em rápida e ininterrupta e irrefreável transformação, o ordenamento jurídico com frequência não tem norma geral e abstrata aplicável a fatos imprevisíveis e inusitadas situações do homem na sociedade, ou não os resolve satisfatoriamente.

Constatada o vácuo;¹⁴ ciente da incompletude da lei; consciente de que a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade, a jurisprudência, a interpretação extensiva, a interpretação evolutiva, o argumento aa contrário, o método analítico-lógico-dedutivo e o processo de subsunção não o socorrem, o que resta ao juiz fazer se, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), da proibição do *non liquet* e do comando do art. 140 do CPC, ele “(...) não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”;¹⁵ ou em virtude de convicções religiosas, filosóficas, morais, éticas; ou por considerar a lei iníqua, obsoleta, defeituosa, insuficiente, truncada, repleta de contradições e palavras ambíguas, imprecisas, indeterminadas; ou por entender que ela não corresponde à vontade do povo (Rudolf von Ihering), não atende às necessidades sociais?

¹¹ Ob. cit., p.273. A doutrina de Kelsen alinha-se ao denominado “apriorismo filosófico”, segundo o qual o “todo” (sempre) prevalece sobre a sua “parte”, pois não são concebíveis fatos, situações, coisas, fora do “todo”.

¹² Sobre a teoria do espaço jurídico vazio, Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, Ícone, 1995, p. 208 e segs.

¹³ *O conceito de direito*, Martins Fontes, 2018, p. 161.

¹⁴ A existência de lacunas decorre do fato inexorável de a inteligência humana ser incapaz de imaginar, seja em que época ou lugar for, os fatos e as situações que advirão, quer na sociedade, quer no campo do direito, ou, no dizer de Hart, devido à “incapacidade humana de prever o futuro”. (Ob. cit., p. 169).

¹⁵ “*Le juge est le gardien du droit et sa fonction impose l'esprit qui l'anime. Il ne peut, à peine de déni de justice, refuser de juger sous les prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.*” (*Les forces créatrices du droit*, 1955, p. 11, nº 4, apud Eduardo Espínola, *Sistema do Direito Brasileiro*, Conquista, 1960, vol. I, p. 119, nota 4). O Código Civil francês vai além: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*”

V – A heterointegração para preencher a lacuna da LFRE

Na terminologia de Carnelutti, os métodos de colmatação das lacunas do direito são a autointegração e a heterointegração.¹⁶

A autointegração “se vale, sobretudo, de dois procedimentos: a analogia e os princípios gerais do direito”;¹⁷ a heterointegração “consiste na integração operada mediante o recurso a ordenamentos diversos¹⁸ (...), a ordenamentos vigentes contemporâneos.”¹⁹

A autointegração não logra completar a omissão da lei; a heterointegração, sim.

Savigny, ao debruçar-se sobre a unidade e a completude do sistema jurídico, explica: “(...) O procedimento ordinário consiste em extrair do conjunto das fontes um *sistema de direito* (...). Falta a unidade, e então trata-se de remover uma *contradição*; falta a *completude*, e então trata-se de colmatar uma *lacuna*.”²⁰

Carnelutti, nas palavras de Bobbio, ao abordar as antinomias e as lacunas do direito positivo, distingue a:

(...) “incompletude por *exuberância* no caso das antinomias” da “incompletude por *deficiência* no caso das lacunas”, de onde decorrem os dois remédios opostos da *purgação* (purificação) do sistema para eliminar as normas exuberantes, ou seja, as antinomias, e da *integração* para eliminar a deficiência de normas, ou seja, as lacunas.²¹ (grifos do autor)

Clóvis Beviláqua, insigne autor do Projeto do Código Civil de 1916, leciona, ao expor o papel do exegeta no silêncio da lei:

O intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se fator de evolução jurídica. É certo que a sua ação é limitada pelo próprio edito da lei, e se esta se recusa aceitar as modificações sociais, o intérprete nada mais tem que fazer senão esperar que o legislador retome a sua empresa atrasada e, enquanto esse momento não chega, *pedir à razão jurídica que lhe revele a norma a seguir*.²² (grifos do autor)

A propósito, Ronald Dworkin indaga:

Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos? (...) uma resposta que venho desenvolvendo aos

¹⁶ Compõem a autointegração a analogia e os princípios gerais do direito; a heterointegração os costumes, a equidade e a jurisprudência (em particular, as súmulas vinculantes e a uniformização de jurisprudência (CPC, art. 926 e 927). Podemos incluir, ainda, a interpretação evolutiva, a interpretação extensiva, o argumento a contrário e, como no Código Civil suíço, art. 1º, “a regra que o juiz aplicaria como legislador.”

¹⁷ Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Edipro, 2016, p. 141.

¹⁸ Bobbio, ob. cit., p. 138.

¹⁹ Bobbio, *idem*, p. 139.

²⁰ *Apud* Bobbio, *ibidem*, p. 114.

²¹ *Apud* Bobbio, *ibidem*, p. 115.

²² *Apud* Espinola, ob. e vol. cit., p. 198.

poucos ao longo dos anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva.²³

E Karl Larenz sugere: “(...) neste ponto, poderia o Direito Comparado oferecer uma ajuda decisiva”²⁴ na “busca da solução justa para o caso concreto (...) com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela.”²⁵

VI – O Direito Comparado como método para suprir a lacuna da LFRE

A – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O STJ, sob o título *Conexões jurídicas internacionais: o direito comparado como fundamento das decisões do STJ*, divulgou a seguinte informação:

Corte responsável por dar a última palavra sobre a legislação federal brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é frequentemente chamado a decidir sobre situações jurídicas inéditas no Brasil, originadas de uma sociedade em constante transformação. Especialmente em casos novos e complexos, o tribunal muitas vezes recorre ao direito comparado, analisando o sistema jurídico, as leis e a jurisprudência de outros países em busca de referências que possam ajudar no exame da controvérsia em julgamento.²⁶

B – A doutrina pátria

Há um século, Carlos Maximiliano, no seu insuperável *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ao comentar sobre a interpretação do direito e os elementos de que se deve valer o juiz ao proferir decisões, ressalta:

O Processo Sistemático, levado às suas últimas consequências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento moderníssimo (*estávamos em novembro de 1924*) – o Direito Comparado. Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame com os restantes da mesma lei ou de leis congêneres, isto é, com disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito nacional, quer no estrangeiro; procura-se e revela-se a posição da regra normal no sistema jurídico hodierno, considerado no seu complexo.²⁷

²³ Ob. cit., p. XI.

²⁴ *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª. ed., p. 151.

²⁵ Ob. cit., p. 161.

²⁶ “Comunicação-Notícias-Especial de 30/08/2020”, disp. <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/30082020-Conexoes-juridicas-internacionais-o-direito-comparado-como-fundamento-das-decisoes-do-STJ.aspx>

²⁷ Freitas Bastos, 1957, 6ª. ed., p. 168.

Quanto à importância desse método,²⁸ assinala:

Hoje não mais se concebe a existência de um juriconsulto, merecedor desse título, adstrito ao estudo das leis do seu país. Os vários Códigos e os vários Direitos, especialmente no terreno civil e comercial, constituem faces, aspectos de um só Direito Privado, do moderno *Jus Commune*, universal²⁹, de um Direito comum da sociedade civilizada.³⁰

E conclui:

Por isso, o Direito Comparado, desde que se tornou o fãl dos elaboradores de normas, também passou a auxiliar vigorosamente o intérprete. A triunfante Escola histórico-evolutiva interpreta o Direito pelo Direito; para ela, a exegese não resulta do espírito de disposições isoladas, e, sim, do que anima toda a legislação moderna.³¹⁻³²

O Direito Comparado pode “auxiliar vigorosamente” o juiz não apenas para formar sua convicção, ilustrar seu pensamento e fundamentar suas decisões e sentenças, mas, enfatize-se, para suprir lacunas da lei.

Marcelo Lauer Leite, doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no estudo *O Direito Comparado na integração das lacunas de regulação*,³³ calcado em Bobbio, Larenz, Engisch, Maximiliano, Castanheira Neves e outros filósofos e juristas, garante: “Não há ordenamento sem lacunas (...). Cabe ao magistrado a criação de *normas de decisão*.”³⁴

De início, informa:

Neste trabalho, sob as premissas epistemológicas popperianas, pretende-se investigar o *uso do Direito Comparado como ferramenta integrativa das lacunas de regulação*. A questão tem importância ímpar, mormente em questões nas quais os meios tradicionais – *analogia, costumes e princípios gerais do direito* –, ou mesmo a forma como eles são manejados, não se adequam à necessidade integrativa.³⁵

²⁸ Há que sustente que o Direito Comparado é uma ciência; outros, parte da Teoria Geral do Direito; alguns, um método. Para mim, é parte da Teoria Geral do Direito quando empregado para fins acadêmicos, ou aprofundar o conhecimento teórico, ou de deleite intelectual, ou erudição, e um método quando utilizado para preencher uma lacuna da lei ou do direito, ou fundamentar decisões judiciais, ou instrumento de política-legislativa.

²⁹ Ob. cit., p. 169.

³⁰ *Idem*, p. 170, nº 136, citação que o eminente Ministro do STF atribui a Geny (nota de rodapé nº 3).

³¹ *Ibidem*, p. 170, nº 137.

³² A propósito, vide *Funções do Direito Comparado*, de Weliton Carvalho, disp. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, e *Direito Comparado*, de Paulo Dourado de Gusmão, disp. mprj.mp.br

³³ Revista da Faculdade de Direito UFMG, n 178, jan/jun., 2021, p. 159/178.

³⁴ Estudo cit., p. 160.

³⁵ *Idem*, p. 161.

À integração ou cooperação entre instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de conflitos, sem que haja supremacia da atividade decisória de uma sobre a outra, dá-se o nome de *diálogos institucionais*. (...) A missão dialógica do Direito Comparado, conquanto seja prática antiga, vem ganhando espaço na doutrina, a qual trata o fenômeno como o *diálogo das jurisprudências* (*diálogo entre sistemas*; *diálogo de/entre juízes*; *diálogo judicial*; *diplomacia judicial*; *transjudicialismo*).³⁶ (grifos do autor)

E prossegue, escudado na melhor doutrina:

Este diálogo não está – *nem pode estar* – restrito ao âmbito dos princípios gerais. Quando os métodos de integração previstos na LINDB falham, como justificar, juridicamente, decisões que contenham norteamientos extraídos em *regras* – e não princípios gerais – do Direito Comparado?³⁷ (grifos do autor)

Nem mesmo o mais ferrenho crítico do diálogo entre sistemas deixaria de reconhecer o pragmatismo de se ter a viabilidade de adotar soluções estrangeiras ao caso concreto. (...) A saída para esse dilema passa pela assunção do *caráter não exaustivo dos meios integrativos previsto* no art. 4º. da LINDB. Do contrário, haveria inexorável denegação de justiça em casos desamparados pelos elementos analógicos, consuetudinários ou da principiologia geral.³⁸ (grifos do autor)

Nessa tarefa criadora imanente à experiência jurisdicional, mostra-se plenamente factível que o julgador, se baseando em regras pré-estabelecidas no Direito estrangeiro, as use como fonte de inspiração, adaptando-as ao sistema jurídico brasileiro.³⁹

Com efeito, a função heurística de colaborar com o desenvolvimento jurisprudencial é intrínseca à comparação entre sistemas jurídicos transnacionais. No Brasil, além de expressamente autorizada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (art. 8º),⁴⁰ a experiência estrangeira vem, a cada dia, sendo perquirida para o encontro de respostas aos novos dilemas levados aos tribunais – semelhante ao que também ocorre em Portugal e outros países.⁴¹

³⁶ *Ibidem*, p. 169.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁰ Decreto-lei nº 5.452, de 1º/05/ 1943: “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

⁴¹ *Ibidem*, p. 171.

Carlos Bastide Horbach, professor doutor em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, no alentado estudo *O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira*,⁴² recorda:

Desde os primeiros comparativistas, algumas balizas foram introduzidas para o exercício dessa função do direito comparado. Duas orientações para o juiz, no uso do direito estrangeiro, são difundidas no início do Século XX: tal uso só se justifica quando necessário a colmatar uma lacuna e que a solução encontrada seja harmônica com o direito interno.⁴³

VII – A participação dos acionistas no processo de recuperação da empresa no Direito Comparado

A – Lei de Falência dos Estados Unidos⁴⁴

O Código de Leis dos Estados Unidos (USC), no Título 11, disciplina a falência (*Bankruptcy Code* (USBC)) e, no Capítulo 11, a reorganização da falência (*reorganization bankruptcy* (11USC)).

O USBC e, particularmente, o 11USC asseguram aos acionistas o direito de participarem do processo de reorganização do devedor, diretamente ou através de um comitê.

(a) – Atuação individual dos acionistas

(i) Noção de *equity security* e *equity security holder*

O USBC, no Capítulo 1, ao dispor sobre as “disposições gerais”, e, no art. 101, sobre as “definições” (válidas para o Código de Falências), esclarece que a expressão *equity security*⁴⁵ significa participação, parte, fração, de uma companhia, de uma sociedade por ações, transferível ou não, denominada *stock*,⁴⁶ ou valor mobiliário similar (art. 101 (16)); *equity security holders* são os titulares de ações ou de valores mobiliários (art. 101(17)).

(ii) Direito de serem ouvidos

O 11 USC, no art. 1109 (b), garante aos acionistas o direito de serem ouvidos (*right to be heard*) sobre matérias de seu interesse, assim como a qualquer parte interessada⁴⁷ –

⁴² *Disp.* Revista de Direito Internacional, p. 194/211 ou pelo link: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3667/pdf>

⁴³ *Est. cit.*, p. 198.

⁴⁴ Embora o direito americano utilize o símbolo “§”, vou manter a nossa tradição de empregar “artigo” ou “art.” e “artigos” ou “arts.”

⁴⁵ Para Marcílio Moreira Castro, no seu “Dicionário de direito, economia e contabilidade: português-inglês/ inglês/português”, *equity security* significa “ação, participação societária”, reproduzindo a definição de Robert W. Hamilton: “*Equity securities therefore to all securities that represent ownership interests in the Corporation and encompass both common and preferred shares*” (*The Law of Corporations*, p. 211).

⁴⁶ O *Cambridge International Dictionary of English*, 1995, p. 1.427, assim define *stock*: “*The amount of Money which a company has though selling shares to people, or (Am) part the ownershi of a company which people buy as investment*” (*Cambridge International Dictionary of English*, 1995, p. 1.427).

⁴⁷ A palavra “including” (11 USC, art. 1109(b)), ao referir- a “partes interessadas” aptas a se habilitarem no processo, deixa claro o caráter exemplificativo e não exaustivo da norma, cabendo ao tribunal, fundado no caso concreto, aceitar, ou não, a representação de determinada parte nos autos: “*The Code does not include*

devedor, administrador da reorganização, comitês de credores e de acionistas, terceiros –, sendo-lhes facultado fazerem-se representar por pessoa, ou pessoas, de sua confiança (art. 341(c), por extensão analógica), não necessariamente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada.

(iii) Reunião de credores e acionistas

O USBC, ao regular a reunião de credores e acionistas (*meeting of creditors and equity security holders*), autoriza o administrador (*trustee*) dos Estados Unidos a convocá-las sempre que as julgue benéficas ou úteis para o desenvolvimento do processo (art. 341 (b)).

Em certas situações, o acionista, individualmente, e o comitê de acionistas (*equity security holders' committee*) têm direito de manifestarem-se desde que o tribunal reconheça haver motivos que justifiquem a sua oitiva.

(iv) Direito de apresentarem um plano de reorganização (plano)

Se o devedor *não* apresentar o plano em 120 dias do deferimento da suspensão de execuções e pagamentos (*automatic stay*), qualquer interessado, por conseguinte também os acionistas (11 USC, art. 1121(c)), poderá fazê-lo, observadas as condições dos arts. 1121(c) (1) a (3) e art. 1129.

(v) O plano deve ser justo e equitativo

O 11 USC, no art. 1122, trata da “classificação de créditos ou interesses” (incluídos os interesses dos acionistas) (*classification of claims or interests*), e, no art. 1123, do “conteúdo do plano”, o qual deverá ser viável; provar-se justo e equitativo em relação a todos envolvidos; atender aos melhores interesses dos credores; contar com a aceitação de certas classes de credores e, em alguns casos, de acionistas; especificar o tratamento dado aos acionistas que *não* serão prejudicados (art. 1123 (a) (2)) e os que serão (art. 1123 (a) (3)); garantir igualdade entre os acionistas, salvo se o acionista não se opuser a um tratamento menos favorável (art. 1123 (a) (4)).

(vi) Direito de os acionistas de modificarem ou rejeitarem o plano

O acionista, provada sua qualidade (USC, Capítulo 5, Subcapítulo I, art. 501), poderá rejeitar o plano (11 USC art. 1126(a)), ou modificá-lo se o houver proposto (art. 1127(a)).

(b) Comitê de credores e acionistas

O 11 USC, no art. 1102, ao dispor sobre os “comitês de credores e de acionistas”, também conhecidos como “comitês de equidade” (*equity committees*), prevê a criação de um comitê de credores quirografários e três, de credores e acionistas: adicional, oficial e não oficial, ou *ad hoc*, com a finalidade de garantir-lhes uma “representação adequada” na reorganização do devedor, entendendo-se por “representação adequada”, no caso de comitê de acionistas, o número de participantes; se os seus interesses já estão sendo defendidos no

a definition of party in interest: it is clear, however, that the term “party in interest” is not limited by the small list of examples in § 1109(b). (...) part of the rules of construction of the code, states tha “including” is not a limiting term. And courts have not viewed the examples of parties in interest as being exhaustive. (...) consequently, courts must determine on a case by case basis whether the prospective party in interest has a suficiente stake in the proceeding so as to require representation.” (In Re Amatex corp(755 F2d 1034, United States Court of Appeals, Third Circuit., 1985)).

processo; a complexidade do caso; a solvência do devedor; a probabilidade de superação da crise; se a sua atuação vai trazer benefícios para o processo.

O comitê de acionistas desempenha um papel adicional durante o processo de reestruturação da empresa, cumprindo a função de fiscalizar a administração da devedora e acompanhar todo o processo de reestruturação com o escopo de proteger e representar os interesses dos acionistas (*to assure adequate representation*), bem como de a eles prestar contas (11 USC, art. 1102 (a)(2)) (essa norma visa inibir a tentativa de o devedor ceder à opressão dos grandes credores em detrimento dos interesses dos acionistas).⁴⁸

O fato de o devedor possuir conselho de administração e diretoria executiva não impede a criação de comitês, porque conselheiros e diretores têm o dever fiduciário de zelar pelos interesses da companhia, os quais, eventualmente, podem não estar alinhados com os interesses dos acionistas.

(i) Comitê de credores quirografários

O 11 USC determina que o síndico constitua um comitê de credores quirografários (art. 1102 (a) (1)).

(ii) Comitê adicional de credores e acionistas

O síndico, se julgar conveniente, poderá nomear comitês adicionais de credores ou de acionistas, às expensas do devedor; acentue-se que, muitas vezes, a formação dos comitês tem por fim impedir que devedor e credores elaborem um plano que os prejudique.

(iii) Comitê oficial de credores e acionistas

Caso não seja formado o comitê adicional de credores ou de acionistas, o tribunal, de ofício ou a pedido de qualquer interessado, poderá determinar a sua nomeação, incumbindo ao síndico designar os seus integrantes (art. 1102 (a) (2)).

(iv) Comitê não oficial de credores e acionistas

Credores e acionistas, pessoas físicas e jurídicas, poderão requerer a constituição de um comitê *ad hoc*, ou não oficial, às suas expensas; provado que o comitê trouxe benefícios para os interessados no processo, o tribunal poderá determinar que o devedor os reembolse.

(v) Constituição, poderes e deveres dos comitês

Embora o síndico possa, discricionariamente, constituir ambos os comitês e escolher os seus membros, é mister atentar para certos requisitos, embora não discriminados em lei: a probabilidade de o devedor voltar a ser solvente; a viabilidade do negócio; a complexidade do processo; os custos e despesas a serem pagos pelo devedor; se o comitê vai agregar valor; se os candidatos a membros têm disponibilidade de tempo e vontade firme de servir; se os acionistas estão bem representados etc.

⁴⁸ "(...) counteract the natural tendency of a debtor in distress to pacify large creditors, with whom the debtor would expect to do business at the expense of small and scattered public investors." (Relatório do Senado Americano Nº. 989, 95º Congresso, 2ª Sessão, página 10 (1978).

Podem integrar o comitê de acionistas os titulares das sete maiores participações acionárias, dispostos a atuar efetivamente no processo (art. 1102 (b) (2)), facultado a qualquer parte interessada requerer ao tribunal que determine ao síndico que destitua um ou mais membros de ambos os comitês se demonstrado que tal providência é necessária para assegurar a correta representação de credores e acionistas (art. 1102 (a) (4)).

O 11 USC, no art. 1103, elenca os “poderes e deveres” (*powers and duties*) dos comitês: o comitê, por decisão da maioria dos seus membros, em reunião previamente agendada, poderá, autorizado pelo tribunal, selecionar e contratar um ou mais advogados, contadores e outros profissionais para auxiliá-lo (art. 1103 (a)); pedir informações sobre as atividades sociais (art. 1103 (c) (1)); investigar atos, conduta, contas do passivo e condições financeiras do devedor; o funcionamento dos seus negócios e qualquer outra matéria relevante, ou para preparação do plano (art. 1103 (c) (2)); participar da formulação do plano e aconselhar os representantes de cada comitê sobre as propostas contidas no plano (art. 1103 (c) (3)); pleitear a designação de um administrador ou de um examinador para os fins do art. 1103 (c) (4); prestar todo e qualquer serviço que contribua na defesa de seus representados (art. 1103 (c) (5)).

O Capítulo 11 faz uma enumeração exemplificativa dos deveres e atribuições dos comitês: prestar informações aos acionistas que não integrem os comitês, referentes às suas atribuições (art. 1102 (3) (A)); solicitar e receber informações, dados e comentários de credores (art. 1102 (3) (B)), ficando sujeitos a ordem judicial que os obriguem a fornecer relatório ou qualquer informação adicional a pedido de credores (art. 1102 (3) (C)); requerer ao tribunal que determine ao síndico que destitua um ou mais membros do comitê de credores se demonstrado que tal providência é necessária para assegurar a correta representação deles nos autos do processo (art. 1102 (a) (4)).

Inferir-se do 11USC que os comitês poderão, ainda, fiscalizar e manifestar-se sobre medidas que impactem a reestruturação do devedor, *v.g.*, emissão de ações e/ou conversão de créditos em ações, que diluam injustificadamente a participação dos acionistas no capital social; fusão, incorporação, cisão, transformação, alteração do objeto social; abertura de unidades em locais distantes da sede social; avaliação e venda de ativos, enfim todos os atos que possam vir a prejudicar os direitos e interesses dos seus representados, assim como pleitear a suspensão e a substituição do síndico e a destituição de um ou mais administradores do devedor se provada desobediência à lei, violação dos deveres do cargo, omissão, negligência e prática de atos lesivos ao devedor, credores, acionistas ou terceiros.

B – Leis do Reino Unido

A reorganização da empresa em dificuldades financeiras é objeto da Lei de Insolvência de 1986 (IA 1986), da Lei das Companhias de 2006 – Parte 26A (CA 2006) e da Lei de Insolvência e Governança Corporativa de 2020 (CIGA 2020).

a) Lei das Companhias de 2006 – Parte 26A (Part 26A Companies Act 2006)⁴⁹

A CA 2006 prevê que o devedor, que tenha tido ou possa vir a ter dificuldades financeiras, que ponha em risco a continuidade do seu negócio, ou mesmo insolvente, poderá requerer ao tribunal a convocação de credores e acionistas para, em assembleia

⁴⁹ *Scheme of arrangement. Na English Law Cram Down Procedure disp. www.mayerbrown.com*

geral, discutirem e aprovarem, ou não, proposta de acordo (*scheme of arrangement*), para liquidação de suas dívidas.

b) Lei de Insolvência e Governança Corporativa de 2020 (CIGA) (*Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA)*)⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵²

A CIGA foi a mais importante mudança no regime de insolvência das companhias dos últimos vinte anos no Reino Unido por ser considerada uma “ferramenta” capaz de auxiliar o devedor a reorganizar as suas finanças, *v.g.*, eliminar, reduzir, prevenir ou mitigar os efeitos adversos de empresas deficitárias, razão pela qual é aplaudida por credores e acionistas.

Similar à Parte 26A da CA 2006, inspirada no 11 USC e empregando as mesmas expressões genéricas, *v.g.*, “justo e equitativo”, “melhor interesse dos credores”, “regra da prioridade absoluta”, a CIGA acrescentou, à Parte 26A CA 2006, uma nova disciplina sobre a reestruturação das companhias, denominada “Acordos e reconstruções para empresas em dificuldades financeiras” (*arrangements and reconstructions for companies in financial difficulty*).

A CIGA estatui que o devedor poderá requerer, ao tribunal, que: (a) suspenda o pagamento de suas dívidas pelo prazo de 20 dias, prorrogável por igual período (Seções 1 a 6, Anexos 1 a 3, que alteraram a IA 1986); (b) impeça a rescisão de contratos (Seção 14, que alterou a IA 1986), para permitir o prosseguimento das atividades empresariais; (c) convoque uma assembleia para discutir e votar o plano de reestruturação (*restructuring plan*) (Seção 7, Anexo 9, acrescentado à Parte 26A da CA 2006) de suas dívidas (Seção 901F) (perdão parcial, carência, parcelamento das dívidas, redução das taxas de juros, aumento do capital, conversão de dívidas em ações etc.), que deverá dar tratamento justo e equitativo aos credores e acionistas,⁵³ sobrelevando notar que só votam os credores e acionistas que forem prejudicados, por serem considerados *out of the money*.⁵⁴

O plano poderá ser proposto, em primeiro lugar, pelo devedor; na omissão do devedor, qualquer parte interessada está legitimada a fazê-lo, sendo permitido ao devedor requerer, ao tribunal, que uma ou mais classes de credores ou acionistas não participe da votação do plano.

De acordo com a CA 2006, com a aprovação ou não do plano (Seção 901G), o tribunal, em uma “audiência de sanção” (*sanction hearing*), tem o poder de homologá-lo com efeitos imediatos *erga omnes*, ou não, (Seção 901G), e, ainda, valer-se da *cross-class cram down* e impô-lo aos dissidentes se preenchidos os requisitos previstos em lei e se o plano for justo e equitativo; se os discordantes não ficarem em situação pior caso o plano não fosse aprovado etc., podendo o plano não incluir determinados credores, *v.g.*, trabalhadores, credores de pequeno valor, fornecedores de bens e serviços indispensáveis à continuidade das atividades, que continuarão a receber na forma contratada.

⁵⁰ *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*, publicado pela House of Commons Library, disp. <https://researchbriefings.parliament.uk/> Anote-se que o Serviço de Insolvência, em 26/06/2023, publicou um relatório trienal sugerindo “possíveis refinamentos” (*possible refinements*), tais como, redução dos custos de elaboração e oposição do plano de reestruturação, agilização do procedimento etc., disp. www.taylorwessing.com

⁵¹ *Practice Statement (Companies: Scheme of Arrangements under Part 26 and Part 26A of the Companies Act 2006)*, disp. www.judiciary.uk/

⁵² *The corporate Insolvency & Governance Act 2020*, disp. www.dechert.com

⁵³ *CIGA: 2020. What have we learned from the new insolvency reforms*, disp. www.taylorwessing.com

⁵⁴ “The rule is that every creditor or member whose rights are affected by the proposed restructuring plan must be permitted to participate in the meeting”, in *Part 26A Restructuring Plan*, disp. www.3vb.com

C – Código da Crise da Empresa e da Insolvência da Itália

A Comissão Rordorf, em consonância com a Recomendação da União Europeia nº 135, de 2014, e da Diretiva (EU) nº 1.023, de 2019, dando continuidade a um trabalho que teve início em 2001, elaborou o Código da Crise da Empresa e da Insolvência (*Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* (CCII), promulgado através do Decreto Legislativo nº 14/2019, de 12.01, e atualizado pelo Decreto Legislativo nº 83/2022, de 15.07.

O CCII realiza uma marcante reforma no sistema jurídico italiano da insolvência, ao abandonar os procedimentos de gestão de crises e eleger procedimentos de alerta/prevenção e resolução assistida das dificuldades da empresa, eis que as soluções são negociadas e compostas entre devedor e credores com a efetiva participação de órgãos públicos, em especial o OCRI – Órgão de Composição da Empresa, credores públicos, empresas de auditoria e conselhos de auditoria.

O CCII tem por finalidades precípua reduzir custos, simplificar e diminuir a duração dos procedimentos, estimular composições extrajudiciais e compelir os administradores, ao detectarem os primeiros sinais de desequilíbrio econômico-financeiro, a informar a situação da empresa aos órgãos de controle interno, aos principais credores, aos auditores externos e ao OCRI.

O OCRI é responsável pelo recebimento do pedido de verificação das dificuldades pelo próprio devedor ou através de denúncias de credores ou de órgãos públicos, incumbindo-lhe elaborar um relatório, em caráter confidencial, sobre a situação do devedor e escolher, se necessário, um especialista, para colaborar na reestruturação e reerguimento da empresa.

Os administradores devem identificar, precocemente, o momento do desequilíbrio econômico-financeiro – e não das “dificuldades”, que é uma fase posterior, mais avançada do estado de crise –, através da análise da adequação dos fluxos de caixa futuros e da dinâmica da gestão futura (CCII, arts. 3 e 13) com o fim de viabilizar a continuidade do negócio, assegurar os interesses dos sócios e garantir os direitos dos credores, sobrelevando notar que o estado de crise não é um estado de dificuldades atuais, mas uma situação em que, adotando-se uma visão prospectiva, possa, provavelmente, resultar em uma futura e fatal insolvência (CCII, art. 2, (a)), que levará à “liquidação judicial”, expressão que substitui a palavra “falência”.

De acordo com a doutrina, o CCII alterou radicalmente a concordata preventiva, que beneficiava o devedor, para privilegiar os direitos e interesses dos credores e a “conservação dos complexos produtivos” (*quello della conservazione del complessi produttive*).

O juiz, segundo o CCII, em princípio, limita-se ao controle da regularidade do procedimento, do resultado da votação, da admissibilidade legal da proposta de concordata e da viabilidade econômica do plano; todavia, se houver oposição, que deve ser apresentada cinco dias antes da audiência na Câmara do Conselho para verificação da licitude da deliberação dos credores, ele não poderá homologar o acordo dos credores sem examiná-lo (... *abbiamo visto che essendo state proposte opposizioni, el tribunal non può omologare il concordato, senza averle prima esaminate e decise*)⁵⁵ consoante julgou o Tribunal de Perugia: “Sempre que um dos credores se oponha formalmente à aprovação de uma proposta de

⁵⁵ Claudio Mellone, *Il concordato preventivo – la terza fase: omologazione*, disp. www.dirittoprivatoinrete.it

acordo, o Tribunal, independentemente do conteúdo do litígio, deve pronunciar-se sobre o mesmo, verificando primeiro a admissibilidade da oposição, e depois a sua validade.”⁵⁶

A oposição às cláusulas e aos termos do acordo pode ser formulada tanto por credores, quanto por sócios, conforme previsto no CCII.

O art. 120 bis, do CCII, estabelece que a iniciativa do ajuizamento da petição inicial, o conteúdo da proposta de acordo e as condições do plano são de competência exclusiva dos administradores, incumbindo-lhes comunicar aos sócios a decisão de recorrer ao CCII e mantê-los informados, periodicamente, do andamento do processo (art. 120 bis, 3), porquanto o plano poderá prever aumentos e reduções do capital com limitação ou exclusão do direito de preferência, fusões, cisões e transformações, capazes de alterar diretamente os seus direitos (art. 10 bis, 2).

Ao dispor sobre a “classificação dos sócios e dos proprietários de instrumentos financeiros” (*classamento dei soci e dei titolari di strumenti finanziari*), o art. 120 ter, 1, permite a formação de uma classe de sócios, ou de várias, se o estatuto social lhes assegurar diferentes direitos; se o plano prever alterações, que afetem diretamente os direitos de sócios, a constituição de classes é obrigatória (art. 120 ter, 2), assim como, em qualquer caso, quando se cuidar de sociedades que recorram ao mercado de capitais de risco.

Os sócios, incluídos em uma ou mais classes, têm direito de voto proporcionalmente à sua participação no capital social, detido antes da apresentação da inicial, nas condições do voto dos credores (art. 120 ter, 3); os sócios, que representem, pelo menos 10% (dez por cento), do capital, podem apresentar propostas concorrentes (art. 120 bis, 5).

D – Código de Comércio da França

O Código de Comércio francês não trata dos direitos e interesses dos sócios no processo de *redressement judiciaire* (CCom., arts. L931-1 a L632-4).

Christine Lebel, no livro *L’elaboration du plan de continuation de l’entreprise en redressement judiciaire*, ao discorrer sobre *la situation des dirigeants et des associés de la société en redressement judiciaire*, esclarece que a Lei de 25/01/1985⁵⁷ ficou silente quanto a participação dos sócios, não obstante, acentua, ela possa vir a ser essencial na elaboração de um projeto de plano de continuação das atividades sociais.⁵⁸

Com base no art. 1.832 do Código Civil⁵⁹ e na existência da *affectio societatis*, a eminente professora sustenta que os sócios têm direito de se manifestarem nas questões que interessam à sociedade, sócios e terceiros, por conseguinte, de expressarem sua vontade quando a empresa está em processo de reorganização judicial e, portanto, de colaborarem na discussão do projeto de plano.⁶⁰

Ao escrever sobre “a intervenção dos sócios na elaboração do projeto de plano de continuidade”, assevera que a situação dos sócios se caracteriza pela vontade de integrarem

⁵⁶ Tribunale di Perugia – “Opposizione all’omologazione di concordato preventivo: soggetti legittimati a proporla e verifica da parte del tribunale della sua ammissibilità e fondatezza”, disp. www.unijuris.it

⁵⁷ O Código de Comércio também não trata da matéria.

⁵⁸ Presses Universitaires D’aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2000, p. 261.

⁵⁹ “Article 1.832: La Société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter.”

⁶⁰ Loc. cit.

a sociedade, mas, outrossim, de contribuírem para a realização do objeto social, ressaltando que a elaboração do projeto de plano não é uma prerrogativa dos dirigentes,⁶¹ pois não está prevista em lei, embora, sem dúvida, eles sejam os responsáveis, em primeiro lugar, por esse trabalho em estreita colaboração com o administrador da recuperação, concluindo, com ênfase: não há no ordenamento jurídico francês, nada que impeça os sócios de discuti-lo e até mesmo de elaborá-lo.⁶²

VIII – Recuperação judicial da Americanas: um escandaloso exemplo de desprezo pelos direitos e interesses dos acionistas minoritários

Os acionistas minoritários da Americanas detinham expressivos 69,9% das ações ordinárias; após a realização da assembleia de acionistas de 21/05/2024, passaram a minguados 3,2% em virtude de o conselho de administração e a diretoria da Companhia haverem se curvado à pressão dos “credores apoiadores” e decidido “aguar” a participação dos minoritários no capital social através da subscrição de novas ações ordinárias pelos controladores até o valor de R\$ 12 bilhões e da conversão, pelos credores, da dívida até o montante de R\$ 12 bilhões, também em ações ordinárias.

Os minoritários – 146.366 pessoas físicas, 2.089 pessoas jurídicas e 563 fundos de pensão e de investimentos – não tiveram o direito de defender os seus legítimos interesses nem durante a elaboração do plano de reorganização dos negócios e atividades sociais e de reestruturação do passivo, nem durante a assembleia geral de credores, nem antes e nem após a concessão da recuperação judicial.

Não puderam exercer a defesa do seu patrimônio, não lhes foi dada a oportunidade de sustentarem a “inviolabilidade do (seu) direito de propriedade” (CF, art. 5º, *caput*), ambos direitos humanos fundamentais, direitos cívicos, direitos essenciais do homem e do cidadão, autênticos pilares do Estado Democrático do Direito, porque a LFRE ignorou os acionistas das companhias fechadas e abertas e os sócios das sociedades limitadas.⁶³

Para sanear a Americanas, a única medida disponível era “triturar” a participação acionária dos minoritários?

Não; com certeza, não.

Se lhes fosse assegurado o direito de manifestarem-se nos autos do processo judicial e de colaborarem na elaboração do plano de recuperação, eles poderiam propor duas soluções simples que atenderiam à Companhia, controladores, minoritários e credores, consoante demonstrado no meu artigo *Insolvência e Recuperação Judicial da Americanas*, disponível no Migalhas.⁶⁴

⁶¹ A LFRE, no art. 53, estabelece: “O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: (...)”.

⁶² “*Les dirigeants de la personne morale sont les premiers à devoirs préparer le projet de plan en collaboration étroite avec l’administrateur. Cepand, aucun texte n’interdit cette possibilité aux associés.*” Ob. cit., p. 263.

⁶³ É evidente que os controladores participam – ativamente – da recuperação através das pessoas que escolheram para dirigir os destinos da companhia. Essa não é apenas uma constatação empírica, mas, também, uma ilação lógica devido à pulverização das ações e o absenteísmo do corpo acionário nas assembleias gerais, o que leva os que têm um certo número de ações a impor a sua vontade. A propósito do “capital e poder” e de “magnatas do capital”, John K. Galbraith destaca: “Sua autoridade na empresa é completa. Eles dominam a sociedade e estabelecem seu tom moral. Controlam também o Estado, que passa a ser uma comissão executiva a serviço da vontade e dos interesses da classe capitalista”, in *O novo estado industrial cit.*, p. 48.

⁶⁴ [https://www.migalhas.com.br/depeso/404016/insolvência-e-recuperação-judicial-da-americanas](https://www.migalhas.com.br/depeso/404016/insolvencia-e-recupera%C3%A7%C3%A3o-judicial-da-americanas).

É antiquada a ideia de “deixar de fora” os acionistas no procedimento de insolvência reversível, ou, como diz o Código de Comércio francês, “deixar à margem” os acionistas de empresa incapaz de cumprir obrigações e dívidas vencidas com os seus bens disponíveis (art. L631-1), ou, como se lê no CCII, “deixar à margem”, “deixar de fora” os sócios quando a situação da empresa torna provável a insolvência, manifestada pela insuficiência dos fluxos de caixa prospectivos para cumprir as obrigações nos doze meses seguintes (art. 2 (a)); remonta à época das sociedades unipessoais, unifamiliares e multifamiliares, em que todos os sócios, ou o mais idoso, ou o seu idealizador, as administravam por instinto.

As centenas de milhares de acionistas das megacorporações, que adquirem, na B3, pequenos, médios e grandes lotes de ações, não podem ser confundidos – e muito menos tratados – como eram os sócios cotistas e os sócios gerentes das sociedades *intuitu personae*, em que imperava a *affectio societatis*.⁶⁵

Se a companhia aberta é levada à insolvência, apesar de um “exército” de profissionais supostamente qualificados – membros do conselho de administração, da diretoria (por vezes assessorada por um conselho consultivo externo), do conselho fiscal, das auditorias interna e externa –, com prejuízo dos que neles confiaram, os acionistas devem ter legitimidade para questionar, nos autos do processo recuperação, as “causas concretas da situação patrimonial e das razões da crise econômico-financeira” da empresa” (LFRE, art. 48, I), da verificação das consequências da quase ruína, do estudo de viabilidade e da escolha dos “meios de recuperação judicial” (LFRE, art. 50) etc., e postular o que entenderem de direito.

É descabido impedir os “donos” de uma companhia, na iminência de quebrar, de se empenharem no saneamento, reestruturação e reerguimento, quer examinando e discutindo termos, cláusulas e condições do plano, quer propondo alterações ou substitutivos.

Por isso e muito mais, afirmo que os acionistas das companhias abertas do Novo Mercado; BOVESPA – Nível 1; BOVESPA – Nível 2; BOVESPA Mais e BOVESTA Mais Nível 2 devem ter “direito de voz” na recuperação judicial das empresas que lhes pertencem, por menor que seja o número de ações que possuam.⁶⁶

IX – A empresa,⁶⁷ mola propulsora do desenvolvimento econômico e social de qualquer país

É difícil, senão impossível, interpretar qualquer fenômeno, seja social, político, econômico ou jurídico, sem julgá-lo; todavia, para julgá-lo, deve o estudioso inteirar-se, observar, compreender e refletir sobre os fatos, consoante, aliás, recomendou Augusto Comte, pai do positivismo científico: “(...) todos os bons espíritos repetem, desde Bacon, que somente são reais os conhecimentos que repousam sobre os fatos observados.”⁶⁸

Não basta, contudo, atentar para os fatos, que nascem e se sucedem; é preciso, segundo os positivistas, vinculá-los a um princípio, a uma doutrina.

No mundo jurídico, se os fatos surgem e se repetem por força da febril atividade do homem em sociedade, as doutrinas advêm de incansáveis elucubrações dos juristas,

⁶⁵ Meu livro *Sociedade Limitada*, Forense, 2004, vol. I, p. 51 e segs.

⁶⁶ Assim como os das companhias fechadas e os sócios das sociedades limitadas.

⁶⁷ Vide *Qu'est-ce que l'entreprise?*, in “*L'entreprise: nouveaux apports*”, Université de Rennes-Faculté des Sciences Juridiques, Economica, p.11.

⁶⁸ *Curso de Filosofia Positiva*, Os Pensadores, Ed. Abril, 1983, p. 5, nº III.

os quais, na abalizada opinião de Von Thur, “(...) se esforçam em criar conceitos típicos e conjuntos de normas” com vistas “ao progresso da ciência jurídica.”⁶⁹

Dentre os “conjuntos de normas”, que têm merecido mais atenção dos juristas em um mundo em contínua e incessante mutação, está o que regula a reorganização da empresa deficitária, tema tão vasto quanto complexo e contraditório, curiosamente pouco aprofundado no país (embora assaz comentado em livros e artigos), quicá na razão inversa de sua importância teórica e prática, em especial em momentos de crise econômica, social e política, e, outrossim, o “conjunto de normas” que versa sobre a companhia, em particular a de grande porte, e de sua importância para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país, este, sim, discutido em profundidade aqui e alhures.

Entre os principais acontecimentos do Século XX destacam-se as revoluções demográficas, quer sob o ponto de vista quantitativo (desmesurado crescimento da população), quer qualitativo (dos trabalhadores braçais aos trabalhadores intelectuais ou do conhecimento), e as revoluções comercial, industrial,⁷⁰ de produtividade (resultado da aplicação do conhecimento especializado ao trabalho, equipamentos, máquinas, ferramentas, processos, produtos) e da tecnologia da informação.⁷¹

O motor dessas revoluções transformadoras foram – continuam e continuarão sendo – as atividades empresariais: na metade do Século XIX, embrionárias, mecânicas por natureza, elas, hoje, planejadas e organizadas sob a forma de empresa, provocam, em escala planetária, mudanças abruptas na vida da sociedade e das pessoas, muitas vezes ao destruírem o que existe por alvo novo.⁷²

Essa “destruição criativa” (Schumpeter), assim como, salienta Galbrighth, “quase todas as comunicações, quase toda produção e distribuição de energia elétrica, bancos e companhias de seguro, transportes aéreos e ferroviários, a maioria das indústrias de transformações e das minas, uma parte substancial do comércio varejista e um volume considerável de diversões são dirigidos ou proporcionados por grandes empresas.”⁷³

Para alcançar tal estágio de desenvolvimento, elas devem ser muito bem administradas, produtivas, competitivas, rentáveis, reconhecidas por políticas e práticas éticas, e, quando possível, inovadoras.

Essas “grandes empresas” visam à criação de valor - para os acionistas, empregados, terceirizados, fornecedores, clientes e para a comunidade, a sociedade e o Estado -, do qual os lucros, distribuídos aos acionistas, são uma parte menor se comparados aos benefícios econômicos, sociais, culturais, ambientais e comunitários que elas produzem diuturnamente, por vezes ao longo de décadas de atuação ininterrupta.

“Essas “grandes empresas” dependem do mercado de capitais⁷⁴ e este, no segmento de valores mobiliários, dos investidores em ações, os quais, para serem cooptados, devem ser respeitados e prestigiados, o só ocorrerá se os seus direitos e interesses – qualquer que

⁶⁹ *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Aleman*, Ed. Palma, 1946, vol. I, p. VII.

⁷⁰ Raymond Aron, “A Sociologia”, in *Dezoito Lições sobre a Sociedade Industrial*, Universidade de Brasília, 1981.

⁷¹ Peter F. Drucker, *A sociedade, Um século de transformações sociais (A emergência da sociedade do conhecimento)*, Nobel, 2001, p. 44/48.

⁷² Peter F. Drucker, *O homem, O trabalhador de conhecimento como o maior ativo*, Ed. Nobel, 2001, 1ª. ed., 41/50.

⁷³ *Ob.*, cit., p. 18.

⁷⁴ O mercado de capitais se divide em mercado monetário, mercado de valores mobiliários e mercado de investimentos.

seja o estado econômico-financeiro da companhia – forem protegidos, proteção que só advirá com o aperfeiçoamento da LFRE.

X – O Direito Comparado como fonte de inspiração para o aperfeiçoamento da LFRE

Além de ser fonte para colmatar as lacunas do direito e da lei, *in casu*, da LFRE, o Direito Comparado é, indubitavelmente, a melhor e mais confiável fonte de aperfeiçoamento do direito positivo e, por conseguinte, da LFRE, lei que desdenha, menospreza, os acionistas minoritários.

Destaque-se, por fim:

1º) quando a companhia está “sadia”, em plena atividade, o direito de voto dos acionistas minoritários existe somente na *teoria*, mas é declaradamente inútil na *prática*, ou, consoante John Kenneth Galbraith, ao discorrer sobre as megacorporações: “(...) “a dispersão da propriedade de ações não retira o direito de voto do acionista. Ao contrário, ele pode votar, mas seu voto, quando a favor da administração, é desnecessário, e, quando contra, infrutífero. Ou seja, não tem valor”;⁷⁵

2º) quando a companhia está “enferma”, em recuperação judicial, a situação dos acionistas minoritários⁷⁶ é ainda *pior*: eles *não* têm o direito de se manifestarem no processo, sério problema, que impõe solução urgente; indiscutível lacuna, que cumpre preencher;

3º) enquanto nada se faz, diante da “incompletude da lei” (Savigny), da “incompletude (da lei) “por *deficiência*” (Carnelutti) e “quando os textos jurídicos emudecem” (Dworkin), o juiz, na busca da solução justa para o caso concreto, no cumprimento do inarredável dever de fazer justiça aos jurisdicionados, “com ajuda da lei, ou sem ela” (Larenz), deve “pedir à razão jurídica que lhe revele a norma a seguir” (Clóvis) e lançar mão de “um exercício de interpretação construtiva” (Dworkin) com o inestimável auxílio do Direito Comparado (English).

Referências bibliográficas

ARON, R. *A Sociologia*. In: *Dezoito Lições sobre a Sociedade Industrial*. Universidade de Brasília, 1981.

BASTERRA, M. I. *El Problema de las Lagunas en el Derecho*. *Derecho & Sociedad*, p. 280. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17178/17466>. Acesso em: 04 nov. 2024.

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro, 2016.

BRASIL. *Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 10 fev. 2005.

⁷⁵ *O Novo Estado Industrial* cit., p. 70.

⁷⁶ Anote-se: na teoria, controladores e minoritários da companhia em recuperação judicial *não* têm *nenhum* direito; na prática, contudo, os controladores são, por interpostas pessoas, os condutores não apenas do processo judicial, mas da gestão e representação da recuperanda, conforme é do senso comum e de observação corriqueira.

_____. *Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 17616, 9 set. 1942.

_____. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. *Cambridge International Dictionary of English*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CASTRO, M. M. *Dicionário de direito, economia e contabilidade: português-inglês/inglês/português*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

CARVALHO, W. *Funções do Direito Comparado*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/174046>. Acesso em: 05 nov. 2024.

COMTE, A. *Curso de Filosofia Positiva*. Os Pensadores, Ed. Abril, 1983.

DRUCKER, P. F. *A sociedade: Um século de transformações sociais (A emergência da sociedade do conhecimento)*. Nobel, 2001.

_____. *O homem: O trabalhador de conhecimento como o maior ativo*. 1. ed. Nobel, 2001.

DWORKIN, R. *O Império do Direito*, Martins Fontes, 1999

ESPÍNOLA, E. *Sistema do Direito Brasileiro*. Conquista, vol. I 1960,

ENGLISH, K. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Fundação Calouste Gulbenkian, 7ª ed, 1996.

FRANÇA. *Code de commerce*. Legifrance, República Francesa.

GALBRAITH, J. K. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo: [sine nomine], 1978.

GUSMÃO, P. D. *Direito Comparado*. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br>. Acesso em: 05 nov. 2024.

HAMILTON, R. W. *The Law of Corporations*. 2. ed. New York: West Publishing Company, 1990.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*, Martins Fontes, São Paulo: 2018.

HORBACH, C. B. *O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 194, n. 211. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3667/pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo n.º 14, de 12 de janeiro de 2019*. Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

JUGAULT, J. *L'entreprise: nouveaux apports*. Université de Rennes-Faculté des Sciences Juridiques, Economica.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Martins fontes, São Paulo: 2018.

LARENZ, K. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Civitas, 1993.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1997.

LEBEL, C. *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2000.

LEITE, M. L. *O Direito Comparado na integração das lacunas de regulação*. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 178, jan./jun. 2021.

LOBO, J. *Correção Monetária dos Créditos Quirografários na Concordata Preventiva*. Lumen Juris, 1990.

_____. *Insolvência e Recuperação Judicial da Americanas*. Migalhas, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/>. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. *Sociedade Limitada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Freitas Bastos, 6ª ed., 1957

MAYER BROWN. *Scheme of Arrangement: An English Law Cram Down Procedure*. Disponível em: <https://www.mayerbrown.com>. Acesso em: 05 nov. 2024.

MELLONE, C. *Il concordato preventivo – la terza fase: omologazione*. Disponível em: <www.dirittoprivatoinrete.it>. Acesso em: 4 nov. 2024.

MELO JÚNIOR, A. O. *Stalking horse: eficiência em processos de insolvência*. Valor Econômico, 31 jan. 2024, Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/stalking-horse-eficiencia-em-processos-de-insolvencia.ghtml>. Acesso em: 4 nov. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Conexões jurídicas internacionais: o direito comparado como fundamento das decisões do STJ*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/30082020-Conexoes-juridicas-internacionais-o-direito-comparado-como-fundamento-das-decisoes-do-STJ.aspx>. Acesso em: 05 nov. 2024.

TAYLOR WESSING. *CIGA: 2020. What have we learned from the new insolvency reforms*. Disponível em: <www.taylorwessing.com>. Acesso em: 4 nov. 2024.

TRIBUNALE DI PERUGIA. *Opposizione all'omologazione di concordato preventivo: soggetti legittimati a proporla e verifica da parte del tribunale della sua ammissibilità e fondatezza*. Disponível em: <www.unijuris.it>. Acesso em: 4 nov. 2024.

UNITED KINGDOM. House of Commons Library. *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*. Disponível em: <https://researchbriefings.parliament.uk/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

_____. Judiciary. *Practice Statement* (Companies: Schemes of Arrangement under Part 26 and Part 26A of the Companies Act 2006). Disponível em: <https://www.judiciary.uk/>. Acesso em: 05 nov. 2024.

_____. *Companies Act 2006, Part 26A*.

_____. *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*.

UNITED STATES. *Bankruptcy Code*, Title 11, U.S.C.

_____. Congress. Senate. *Senate Report No. 989*. 95th Congress, 2nd Session. Washington, 1978.

VON THUR, A. *Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Ed. Palma, 1946.

A importância de critérios para identificar ações estruturais prioritárias¹

The importance of criteria to identify priority structural actions

Matheus Casimiro*

Eduarda Peixoto da Cunha França**

Sumário

Introdução. 1. O aumento de ações estruturais no Supremo Tribunal Federal. 2. O risco de banalização das ações estruturais. 3. Critérios para identificar as ações estruturais mais relevantes. Considerações finais. Referências.

Resumo

Na última década, os processos estruturais têm ganhado destaque no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Isso contribuiu para que o número de ações estruturais ajuizadas no país, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), aumentasse consideravelmente. Para evitar o risco de banalização dos processos estruturais, o presente artigo analisa quais critérios devem ser considerados pelo Judiciário para identificar ações estruturais prioritárias. Como metodologia de pesquisa, além da análise documental e bibliográfica, foram realizadas entrevistas com ministros, assessores, professores e advogados que atuam em relevantes ações estruturais. O trabalho propõe a utilização de cinco critérios: grave violação a direitos fundamentais; especificidade; grupo vulnerável ou minoritário como vítima do litígio; permanente inércia do Poder Público e subsidiariedade judicial.

Abstract

In the last decade, structural litigation have gained prominence in the doctrinal and jurisprudential spheres. This contributed to the number of structural lawsuits filed in the country, especially in the Federal Supreme Court (STF), have increased considerably. To avoid the risk of trivializing structural litigation, this article analyzes which criteria should be considered by the Judiciary to identify priority structural lawsuits. As a research methodology, in addition to documentary and bibliographic analysis, interviews were carried out with justices, law clerks, a federal attorney, professors and lawyers who work in relevant structural lawsuits. The work proposes the use of five criteria: serious violation of fundamental rights; specificity; vulnerable

¹ O Artigo foi publicado no volume 2, n.10, da Revista de Estudos Institucionais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (REI-UFRJ).

* Realiza estágio de pós-doutorado em Direito pela UFPE. Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre e graduado em Direito pela UFC. Assessor Especial da Presidência do STF, atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos.

** Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

or minority group as victims of the structural problem; permanent inertia of the Public Power; and judicial subsidiarity.

Palavras-chave: Processo estrutural. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais. Tutela jurisdicional efetiva.

Keywords: *Structural litigation. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights. Effective judicial remedies.*

Introdução

Diariamente, tomamos diversas decisões. Escolhemos qual roupa usar, o que comer em cada refeição, a quais programas assistir. Além dessas decisões casuísticas, fazemos escolhas de outro tipo. Antes de decidirmos o que almoçaremos durante a semana, podemos tomar uma decisão prévia: em todos os dias úteis, comeremos salada. Já nos finais de semana e feriados, nossa refeição será livre. Podemos decidir que, durante a semana, só assistiremos a programas informativos. Veremos séries e filmes apenas no sábado e no domingo.

Nem sempre percebemos, mas é comum tomarmos esses dois tipos de decisão. O primeiro tipo, chamado de decisões de primeira ordem, são as escolhas que fazemos diante de um caso específico. Comerei um sanduíche ou uma salada no jantar? Vestirei uma blusa azul ou preta para o meu compromisso de hoje? O segundo tipo, chamado por Cass Sunstein e Margalit-Ulmann (1999) de decisões de segunda ordem, são decisões sobre decisões. São escolhas que fazemos previamente, estabelecendo padrões de conduta sobre como tomar decisões em nossa rotina.² Se eu decido previamente que, durante a semana, sempre almoçarei salada, as minhas escolhas são facilitadas. Afinal, não precisarei perder muito tempo decidindo o que almoçar na segunda ou na terça. Já decidi isso previamente.

Juízes, no exercício de sua função, também tomam os dois tipos de decisão. As decisões de primeira ordem são a forma como um juiz resolve um litígio específico. Quem está certo, o autor da ação ou o réu? Qual solução o magistrado dará para o caso concreto que está sob sua responsabilidade? Qual fundamentação jurídica irá utilizar? Todos os dias, juízes tomam diversas decisões de primeira ordem, determinando a solução para litígios específicos.

Entretanto, antes de solucionar casos específicos, é necessário tomar decisões de segunda ordem. O magistrado precisa estabelecer como e quando julgará os casos que recebe. Qual é a sua abordagem interpretativa? Irá intervir em casos que envolvem políticas públicas? Quanto tempo utilizará para analisar cada processo que recebe? São decisões sobre como tomar decisões. Elas orientam a abordagem interpretativa do juiz e estabelecem padrões decisórios, facilitando a resolução de casos concretos.

A doutrina brasileira sobre processos estruturais tem produzido rica pesquisa sobre como os magistrados devem tomar as suas decisões de primeira ordem. Analisando ações judiciais, autores propõem mecanismos dialógicos, alternativas para ampliar a participação social e técnicas de monitoramento de decisões estruturais. No entanto, uma questão

² "By 'second-order decisions' we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a firstorder decision. Second-order decisions thus include the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance" (SUNSTEIN; MARGALIT-ULMANN, 1999, p. 7).

anterior precisa ser enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência: como identificar uma ação estrutural prioritária, que deve ser conhecida e julgada? Especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), não há uma sistematização de quais critérios serão utilizados para conhecer e julgar uma ação estrutural. É essencial que o Tribunal estabeleça diretrizes que norteiem a sua atuação e a de magistrados em outras instâncias.

Ações estruturais levam ao Judiciário realidades que estão em desconformidade com o Direito, cujo objetivo é transformar um estado de coisas A, no qual direitos são violados, em um estado de coisas B, no qual esses direitos são minimamente assegurados. Se é assim, boa parte da realidade brasileira poderia ser judicializada. Afinal, não é difícil encontrar estados de coisas em nosso país que estão em desconformidade com a Constituição. Ainda assim, seria inviável levar todos esses problemas para o Judiciário. O aumento exagerado de ações estruturais pode levar à banalização e a ineficácia, fazendo-as cair em descrédito e deixando o segmento social que necessita da tutela judicial desamparado.

Dessa forma, o presente artigo não busca orientações sobre como um juiz deve decidir um caso estrutural específico. O objetivo é olhar para a fase anterior: quais critérios o magistrado deve utilizar para identificar ações estruturais relevantes que devem ser tratadas no Judiciário? Para responder a essa pergunta, adota-se como metodologia de pesquisa, além da tradicional análise bibliográfica e documental, a realização de entrevistas com Ministros do Supremo Tribunal Federal, assessores, advogado da união, professores e advogados que atuam em ações estruturais. Com a realização de entrevistas, busca-se compreender melhor as ações estruturais e, a partir disso, propor critérios para identificar quais devem ser consideradas prioritárias. Adotamos o modelo de entrevista semiestruturada, mais flexível e dinâmico. Formulamos questionamento pré-definidos para todos os entrevistados, mas com a possibilidade de novas perguntas serem feitas durante a conversa com o entrevistado.

Quanto à divisão interna, o trabalho conta com três tópicos principais. No primeiro, veremos o aumento crescente de ações estruturais no STF, fenômeno que se intensificou a partir de 2020, durante a pandemia de Covid-19. Na segunda parte, são analisados os riscos de uma banalização das ações estruturais e como a judicialização excessiva pode comprometer a obtenção de uma tutela estrutural efetiva. Por fim, o último tópico propõe cinco critérios que podem auxiliar juízes a identificarem ações estruturais prioritárias.

1. O aumento de ações estruturais no Supremo Tribunal Federal

Em 2015, com o ajuizamento da paradigmática ADPF nº 347, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo em vista a situação caótica e degradante do sistema prisional brasileiro, requereu que o STF reconhecesse um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um remédio estrutural, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, em resposta a graves litígios estruturais de âmbito nacional, quando uma determinada realidade ocasiona grave e sistemática violação a direitos fundamentais. Inclusive, o sistema prisional colombiano, por razões similares ao brasileiro, também foi declarado inconstitucional em 1998.

Analisando os pedidos cautelares da ação, o relator, ministro Marco Aurélio, determinou que os juízes e os tribunais, entre outras medidas, estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), devendo ser utilizado em prol da finalidade para o qual foi criado, sendo proibida a realização de novos contingenciamentos; e reconheceu a existência

de um ECI no sistema prisional do país (STF, 2015c, p. 30). A ação também apresenta uma ampla lista de pedidos finais, requerendo que o STF: declare o ECI do sistema penitenciário; determine ao Governo Federal que elabore, no prazo máximo de três meses, um plano nacional para superar, dentro de um prazo de três anos, o ECI; deliberar sobre o plano nacional, para homologá-lo ou para fixar medidas alternativas ou complementares; determinar aos governos dos Estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem, no prazo de três meses, planos para a superação do ECI na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos; deliberar sobre cada plano estadual e distrital; para homologá-lo ou estabelecer medidas alternativas (STF, 2015c, p. 15-18).

Após seis anos, o ministro Marco Aurélio, em maio de 2021, logo antes de sua aposentadoria, apresentou o seu voto e acolheu vários dos pedidos de mérito, como o dever de o Governo Federal elaborar um plano nacional, no prazo de três meses, e a obrigação de os Estados e o Distrito Federal formularem planos específicos à realidade local, em harmonia com o apresentado pela União, visando à superação do ECI em dois anos. Após o voto, o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e, desde então, o julgamento da ação segue pendente.

Vale ressaltar que as medidas adotadas no julgamento da medida cautelar, como o descontingenciamento do FUNPEN, não têm ainda caráter estrutural. Não há a adoção de um conjunto de medidas com o objetivo específico de transformar a realidade constatada como inconstitucional. Por isso, entende-se que a referida ação, ainda que tenha caráter estrutural, pelos pedidos apresentados, até o momento não se tornou um processo estrutural, assim como outras ações no Tribunal³.

Mesmo que o mérito da ADPF 347 não tenha sido julgado, a referência ao Estado de Coisas Inconstitucional possibilitou que diversas outras ADPFs fossem ajuizadas com base na técnica colombiana. Em 07.05.2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a ADPF nº 682, requerendo a suspensão das autorizações para a criação de novos cursos jurídicos que ainda não iniciaram o seu funcionamento e a proibição da abertura de novas vagas em instituições privadas. Para a entidade, há um ECI referente à situação do ensino jurídico, em decorrência da violação sistemática ao art. 209 do texto constitucional, que garante a qualidade do ensino superior (STF, 2020a, p. 70). O relator, ministro Ricardo Lewandowski, em maio do mesmo ano, negou seguimento à ADPF, alegando que a OAB não utilizou o instrumento processual adequado para defender suas pretensões (STF, 2020a, p. 6).

O ECI também foi utilizado pelos autores da ADPF 760, cujo objeto é a execução efetiva da política pública de Estado em vigor para o combate ao desmatamento na Amazônia Legal – o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (“PPCDAm”) – de modo suficiente para viabilizar o cumprimento das metas climáticas assumidas internacionalmente pelo Brasil. A ação faz parte da chamada “pauta verde”, conjunto de ações que tratam de relevantes questões ambientais. No julgamento da ADPF 760, conjuntamente com a ADO 54, a relatora, ministra Cármen Lúcia, reconheceu a existência de um ECI quanto

³ Existe, nesse sentido, uma diferença entre litígio, ação e processo estrutural. Litígio estrutural é o problema estrutural que se busca resolver e, geralmente, envolve a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais. Ação estrutural é uma ação cuja petição inicial estabelece um pedido de cunho estrutural. O fato de a ação estrutural ser ajuizada não significa, entretanto, que ela será acolhida pelo magistrado enquanto estrutural. O processo estrutural, portanto, só ocorre quando o magistrado reconhece o caráter estrutural da ação sub judice e implementa medidas estruturais.

ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Determinou também que a União, os órgãos e as entidades federais competentes, dentro de suas respectivas atribuições, formulem e apresentem, em 60 dias, um plano de execução efetiva e satisfatória do PPCDAm, especificando as medidas adotadas para a retomada de efetivas providências de fiscalização, o controle das atividades para a proteção ambiental da Floresta Amazônica, do resguardo dos direitos dos indígenas e para o combate de crimes praticados no ecossistema (STF, 2020b, p. 155-156). Após o voto da relatora, o ministro André Mendonça pediu vistas do processo, suspendendo o julgamento.

Na ADPF nº 786, a Rede Sustentabilidade alegou que o Sistema Tributário Brasileiro se encontra em um ECI, visto que é regressivo, privilegia os mais ricos e promove a desigualdade social. O ECI decorreria de ações e omissões do Executivo e do Legislativo, como a não tributação de grandes fortunas e a alta carga de tributos sobre o consumo. Requereu que o STF determinasse ao Executivo e ao Legislativo a elaboração, em seis meses, de proposta de reforma tributária capaz de superar o ECI. Em 09.02.2021, o relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, negou seguimento à ação, alegando que não cabe ao Tribunal reconstruir o Sistema Tributário Nacional e substituir o Congresso Nacional em sua função típica (STF, 2021a, p. 7). Para o ministro, além de existirem outros meios processuais aptos a defender os preceitos fundamentais envolvidos no caso, o partido deve impugnar especificamente as leis, os atos e as omissões normativas, caso a caso.

Já na ADPF nº 822, dezoito entidades coletivas questionavam as políticas de saúde do governo federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19, afirmando que existiria um ECI na condução da crise, com ameaça ao direito à saúde e à vida. A ação ficou conhecida como “ADPF do *Lockdown*”, visto que um dos pedidos liminares consistia na determinação, pelo STF, de medidas de *lockdown* por 21 dias. O relator da ação, ministro Marco Aurélio, acolheu o pedido para declarar o ECI na condução de políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde (STF, 2021b). Dessa forma, determinou aos entes federados, sob a coordenação da União, medidas como a realização de campanhas educativas sobre as formas de prevenção da doença e a distribuição de máscaras em áreas de concentração populacional e de baixo percentual de adesão às medidas preventivas. Após o voto do relator, o ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo, suspendendo o julgamento.

Pedido similar foi apresentado na ADPF nº 866, ajuizada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Segundo a instituição, há décadas o país vivencia uma grave instabilidade do custeio do Sistema Único de Saúde (SUS), gerando um ECI na política de saúde pública brasileira, que foi agravado com a pandemia de Covid-19. Dentre os pedidos apresentados, a Associação Nacional do Ministério Pública de Contas (AMPCON) requereu a concessão de liminar para que todos os recursos disponíveis no Fundo Social do Pré-Sal fossem aplicados em ações e serviços públicos de saúde e no financiamento de atividades de ciência e tecnologia que se fizesse necessário ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. O relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, determinou o seu arquivamento em 16.07.2021, sob o argumento de que a AMPCON, por ser uma legitimada especial do controle de constitucionalidade, deveria demonstrar a pertinência temática entre os interesses de classe que defende e o objeto da ADPF (STF, 2021c, p. 5-6). No caso, o relator entendeu que não foi demonstrada a conexão entre a política pública de saúde brasileira e a defesa dos interesses dos membros do Ministério Público de Contas.

Na ADPF nº 973, setes partidos políticos, em colaboração com a Coalização Negra por Direitos, requerem que o Tribunal reconheça um ECI relacionado à população negra do país, caracterizado pela alta letalidade de pessoas negras em virtude da violência estatal e pelo desmonte de políticas públicas voltadas a essa parcela da população. As ações e omissões do Estado geram uma violação sistemática dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à segurança, originando “[...] um estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional que sustenta uma política de morte financiada e aplicada pelo Poder Público à população negra brasileira [...]” (STF, 2022a, p. 59). Para superar a realidade inconstitucional, as legendas pedem que o STF determine o desenvolvimento e a implementação de um Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional.

Até a data de conclusão desta pesquisa, a mais recente tentativa de utilizar o ECI ocorreu na ADPF nº 976. A Ação foi proposta pelos partidos políticos REDE Sustentabilidade e PSOL, bem como pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), em face de um ECI concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil, decorrente de omissões estruturais de todos os Poderes e níveis federativos. Entre os pedidos apresentados na ação, estão a criação de uma Comissão de Enfrentamento à Emergência da População em Situação de Rua e a apresentação, em até 15 dias, de planos municipais, estaduais, distrital e federal para zerar a carência de abrigos institucionais permanentes para a população em situação de rua (STF, 2022b, p. 34-35). O relator da ação, ministro Alexandre de Moraes, convocou uma audiência pública para o dia 21.09.2022 e, após a sua realização, concedeu prazo de quinze dias para que os expositores da audiência encaminhassem dados, documentos e propostas que reputassem pertinentes à solução do litígio estrutural (STF, 2022b, p. 3). Em 25.07.2023, o ministro determinou, em decisão liminar referendada unanimemente pelo Tribunal, que o governo federal elabore um plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional para a população em situação de rua, no prazo de 120 dias. Também determinou que estados e municípios adotem medidas que garantam a segurança pessoal dentro dos abrigos institucionais existentes.

Apesar do número de ADPFs que recorrem ao ECI, nem todas as ações estruturais no STF seguem o mesmo caminho. No mesmo período, tivemos outras ADPFs que levaram ao Tribunal graves litígios estruturais, sem que os pedidos tivessem por base a experiência da Colômbia. O primeiro exemplo é a ADPF nº 635 (STF, 2020), também chamada de ADPF das favelas, que questiona a política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, especialmente a crescente letalidade da atuação policial em comunidades periféricas. A ação possibilitou uma audiência pública histórica, nos dias 16 e 19 de abril de 2021, com participações de representantes de movimentos sociais, organizações e entidades relacionadas aos direitos humanos e às vítimas de violência do Estado.

Durante a pandemia de Covid-19, tendo em vista a insuficiência das ações ordinárias para tratar de políticas de saúde complexas (STEFFENS; JOBIM, 2022, p. 729-731), duas relevantes ações estruturais foram ajuizadas no STF. Em maio de 2020, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) ajuizou a ADPF nº 709, tratando de dois problemas principais: (i) aborda a necessidade de adoção de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); e (ii) propõe medidas mais amplas voltadas aos Povos Indígenas em geral. No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Pleno do Tribunal em 05.08.2020, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, fixou algumas importantes medidas para a proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos PIIRC; criação de sala de situação para gestão de

ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Fundação Osvaldo Cruz, do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e dos representantes das comunidades indígenas (STF, 2020c, p. 33-35).

A segunda ação é a ADPF nº 742, também de 2020, ajuizada contra ações e omissões do governo federal em relação ao enfrentamento da pandemia nas comunidades quilombolas (STF, 2020d). Em 23.02.2021, o STF julgou a ação, determinando que a União elabore, no prazo de 30 dias, um plano nacional de enfrentamento da pandemia da Covid-19, com providências e protocolos destinados à população quilombola. Além disso, o Plenário determinou que o governo federal deveria constituir, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do plano de imunização, com integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, da Fundação Cultural Palmares, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Saúde Coletiva e de representantes das comunidades quilombolas.

Como os requerentes alegaram em suas iniciais, os povos indígenas e quilombolas, além de uma vulnerabilidade imunológica e sociocultural, também são vulneráveis politicamente, visto que são grupos minoritários e insuficientemente representados nas esferas políticas. “Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como a educação, o saneamento básico e a saúde” (STF, 2020c, p. 6).

É comum o pensamento de que, em situações de crise, não seria útil conversar com o grupo afetado, para não atrasar a resolução do problema. Mesmo assim, o ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da medida cautelar, afirmou:

Tampouco procede a alegação de que a pandemia demanda ações emergenciais e velocidade de resposta que autorizariam o afastamento extraordinário da participação indígena. O que se postula nesta ação é a complementação de tais ações com medidas que são imprescindíveis para torná-las eficazes e que não foram providenciadas pelo Poder Público, a despeito da sua atuação emergencial. Aí está a relevância e a necessidade da participação. Por isso se requer a elaboração de um plano concreto, com cronograma de implementação e identificação das autoridades responsáveis. (STF, 2020c, p. 22-23)

Na data de conclusão desta pesquisa, a última ação estrutural ajuizada no STF, sem o recurso ao ECI, foi a ADPF nº 991, apresentada pela APIB. A entidade requer que sejam adotadas providências voltadas a evitar e reparar graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição, relacionadas às falhas e às omissões no que concerne à proteção e à garantia dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Elencando algumas das principais ações e omissões estatais que violam direitos fundamentais, a APIB aponta:

Dentre as afrontas a tais preceitos, destacam-se principalmente: i) a abertura das Terras Indígenas de isolados e povos de recente contato à entrada de terceiros, como missionários, garimpeiros, madeireiros e outros ocupantes ilegais que buscam explorar ilicitamente o território, ou desrespeitar a autodeterminação dos povos; ii) o sucateamento e aparelhamento de entidades estatais especializadas em prover proteção para os povos isolados, como as Frentes e Bases de Proteção EtnoAmbiental, a Coordenação Geral de Índios Isolados e Recém Contatados (CGIIRC), dentre outras; iii) os ataques institucionalizados governamentais às terras dos povos isolados. (STF, 2022c, p. 2)

Ao julgar os pedidos cautelares pleiteados, o relator da ação, ministro Edson Fachin, deferiu algumas medidas importantes que estão de acordo com os princípios defendidos na pesquisa. Como exemplo, vale mencionar: a União deve apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados inclusive durante o recesso forense, um plano de ação para a regularização e a proteção das terras indígenas com presença de PIIRC; a União deve disponibilizar dados que já deveriam ser públicos; a União deve demonstrar, junto à apresentação do plano, a existência dos recursos necessários à execução das tarefas, primordialmente daquelas consideradas prioritárias e mais urgentes; designar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, a instalação de um Grupo de Trabalho com prazo indeterminado, para acompanhamento contínuo de ações judiciais relacionadas ao tema (STF, 2022c, p. 57-58). Em dezembro de 2022, teve início o referendo das medidas cautelares. Após os votos dos ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que referendaram a decisão do relator, o processo foi destacado pelo ministro Nunes Marques, ou seja, foi solicitada a interrupção do julgamento e a sua retirada do Plenário Virtual, para que seja deliberado presencialmente.

Para encerrar a lista de ações relevantes, vale mencionar a decisão proferida pelo Tribunal em 04.07.2023, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 684.612. O caso tratava das falhas estruturais existentes no Hospital Municipal Salgado Filho, no município do Rio de Janeiro. O Tribunal firmou a tese de que: 1. A intervenção judicial em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes; 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado (STF, 2023).

2. O risco de banalização das ações estruturais

A má utilização de ações estruturais, ou mesmo o seu uso frequente, sem que haja, efetivamente, um estado de coisas violador de direitos fundamentais, pode levar à sua banalização. Isso pode ocorrer de duas formas: a) pela judicialização excessiva de ações estruturais; b) pela judicialização de ações que não são estruturais como se estruturais fossem. Essa banalização provocaria, pelo menos, duas consequências negativas: a) a perpetuação de estados de coisas violadores de direitos fundamentais; b) o desgaste político-institucional do Poder Judiciário. É o que se verá a seguir.

Ações estruturais, quando utilizadas corretamente e de modo estratégico, podem desbloquear os canais políticos e catalisar mudanças sociais. Essa mudança é capaz de melhorar a qualidade de políticas públicas ou mesmo de criar políticas que estejam aptas a lidar com o problema que se pretende superar. Além disso, auxiliam vítimas diretas desses problemas e indivíduos que, se não fosse por meio da ação estrutural, jamais acessariam a via judicial para pleitear a efetivação de seus direitos, de modo que certamente permaneceriam em um quadro calamitoso de pobreza e marginalização social.

Com isso, não se defende, aqui, a utilização de ações estruturais como caminho principal para viabilizar reformas estruturais. É sempre mais interessante que as transformações pretendidas ocorram pelos canais políticos, seja de forma espontânea ou por pressão do povo. Entretanto, nem sempre se pode contar com a mobilização desses atores para a superação de cenários envolvendo graves transgressões a direitos, razão pela qual o Poder Judiciário pode funcionar enquanto via alternativa e como meio de obtenção de resultados profícuos, mesmo que demorados.

A não existência de ações estruturais, portanto, por certo, feriria a possibilidade de que as demandas de grupos vulneráveis cujas pretensões são sub-representadas ou não representadas nos canais políticos fossem atendidas, agravando ainda mais o cenário de desigualdade social existente no Estado brasileiro.

No que concerne ao desgaste do Poder Judiciário, é certo que juízes não têm formação para intervir em questões que demandam conhecimentos técnicos de economia, administração e política, por exemplo. Essa, destaca-se, é uma das principais críticas feitas ao controle jurisdicional de políticas públicas. Cada vez que os magistrados interferem em questões de políticas públicas, sobretudo quando essa intervenção se dá por meio de uma ação estrutural e não de uma ação individual, ocorre um desgaste político-institucional em maior ou menor escala e retomam-se às tradicionais críticas, envolvendo a separação de poderes e a falta de capacidade institucional.

Esse desgaste é ainda maior quando ações estruturais chegam ao Supremo Tribunal Federal. Apesar de ter sido construído para desempenhar, também, uma função política, já que a Constituição lhe atribui funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão distribuídas entre, pelo menos, três outras instituições (VIEIRA, 2008, p. 447), o STF ainda é visto e criticado como se fosse, tão somente, uma Corte Constitucional. Esse enfoque é pouco abordado e merece ser destacado, em que pesem as críticas dos juristas que discordam veementemente do papel político do Tribunal.

O STF, no contexto de uma Constituição ambiciosa do ponto de vista normativo, acumula, hoje, as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado. Além disso, teve seu papel político reforçado pelas emendas de nº. 3/93, e nº. 45/05 e pelas leis nº. 9.868/99 e nº. 9.882/99 (VIEIRA, 2008, p. 444), tornando-se, conforme aponta Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444), uma instituição singular em termos comparativos, seja a partir de uma perspectiva que analisa a sua própria história, seja de uma perspectiva que analisa a história de cortes existentes em outras democracias.

Logo, por mais que discordem os críticos, o STF exerce, sim, uma função política, que lhe foi atribuída não por uma decisão própria dos ministros, mas pela própria Constituição e legislação vigentes no Estado brasileiro. Apesar disso, quando ações estruturais chegam ao Supremo Tribunal Federal, o Tribunal exerce, necessariamente, um papel interventivo no que concerne às funções de outras instituições, uma vez que precisa despertá-las de suas

omissões ou inércia proposital, que ocorrem, comumente, com demandas não populares, que dizem respeito a pedidos de grupos vulneráveis e marginalizados. A atuação do STF na resolução de ações estruturais, portanto, exige que o Tribunal tenha que remar contra a maré, sendo, usualmente, contramajoritária.

Em que pese a função contramajoritária ser própria do Tribunal e essencial à democracia, não raro ela provoca reações adversas por parte das instâncias políticas e mesmo do próprio povo brasileiro, fazendo que o STF, a depender da circunstância, tenha sua autoridade comprometida quando suas decisões não são cumpridas. Afinal, como destacava Alexander Hamilton, no Artigo Federalista nº 78, o Poder Judiciário não tem a chave do cofre ou a espada, de modo que, muitas vezes, depende da boa vontade do Executivo e do Legislativo para que suas decisões sejam cumpridas.

Não é impossível ou raro, portanto, que o STF tenha certa dificuldade para implementar decisões de cunho estrutural, sobretudo quando as forças do Executivo e/ou do Legislativo estejam agindo de forma contrária à sua atuação. Isso gera, desse modo, um desgaste para o Tribunal, que prolata suas decisões, mas nem sempre tem apoio daqueles que são responsáveis por executá-las, acarretando que sejam, possivelmente, descumpridas.

Nessas hipóteses, as decisões do STF acerca de casos estruturais podem ficar desacreditadas e perder o valor que poderiam ter, caso fossem ajuizadas de forma estratégica e precisa. Ações estruturais são um alerta de emergência: destacam um litígio grave e complexo, que está sendo ignorado pelo Poder Público. Se tudo for destacado, mediante uma hiperjudicialização, nada vai ser destacado. Os problemas mais graves serão equiparados a litígios mais simples e as ações estruturais perderão o seu poder de mobilização jurídica e política em relação a situações especialmente graves.

Perdem, com isso, o Tribunal e as vítimas de violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, que se antes tinham uma chance no STF, ficam à mercê da boa-vontade política, que pode nunca acontecer. Com isso, também, dificulta-se ainda mais as promessas constitucionais estabelecidas no artigo 3º, I, III e IV, quais sejam: a de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicar a pobreza, marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por fim, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Os entrevistados para a pesquisa mostraram preocupação com o ajuizamento excessivo de ações estruturais no STF. Para o Assessor 01 (2022), para não superlotar o Judiciário e o STF com ações estruturais que não poderão ser adequadamente tratadas pela via judicial, é necessário identificar os litígios mais graves que possibilitam uma intervenção judicial apta a produzir efeitos benéficos para o grupo afetado. Essa também é uma preocupação do Assessor 02 (2023), que alerta: “O excesso de judicialização favorece a banalização da ação estrutural, isso me preocupa. O capital político de uma Corte é construído gradualmente, por décadas. Quando tudo vem para o STF, isso pode comprometer a sua atuação e a imagem do Tribunal”.

Os ministros também se preocupam com o excesso de ações estruturais. Para o Ministro 01, a intervenção judicial deve ser excepcional: “Deve-se verificar se o bem jurídico é constitucionalmente tutelado e se a política pública adotada pelo governo é gravemente insuficiente, deficiente ou inexistente” (2022). Da mesma forma, o Ministro 02 (2022) teme uma banalização das ações estruturais com a superabundante judicialização de litígios estruturais, comprometendo a capacidade do Tribunal de fornecer uma tutela jurisdicional

efetiva. No mesmo sentido, o Advogado da União (2023) que atuou na ADPF nº 709, mesmo reconhecendo o potencial das ações estruturais no STF, vê com preocupação o aumento das ações estruturais no Tribunal, o que pode gerar a banalização dessas ações e comprometer uma intervenção judicial efetiva.

Para que o processo estrutural funcione, é preciso adotar uma visão global do Judiciário, ou seja, olhar para além dos casos individuais e pensar no impacto que muitas ações podem gerar no funcionamento do sistema de justiça e na sua capacidade de responder adequadamente aos problemas apresentados. É necessário pensar em uma decisão de segundo grau sobre quais critério utilizar para identificar ações estruturais prioritárias, tema do próximo tópico.

3. Critérios para identificar as ações estruturais mais relevantes

O título do tópico fala em ações estruturais mais relevantes. É importante tratar a questão assim, pois o fato de uma ação estrutural não ser conhecida pelo Judiciário não significa que o problema apresentado é irrelevante. Na verdade, é possível que no futuro uma outra ação sobre o mesmo tema seja ajuizada e haja boas razões para conhecê-la e julgá-la. Porém, tendo em vista o risco de superlotar o Judiciário com ações estruturais que não poderão ser adequadamente tratadas pela via judicial, é necessário identificar os litígios mais graves que possibilitam uma intervenção judicial apta a produzir efeitos benéficos para o grupo afetado.

Antes de prosseguir, há uma questão terminológica que precisa ser esclarecida. No tópico anterior, vimos que existem dois grupos principais de ações estruturais no STF: as que fazem referência à experiência colombiana e aquelas que identificam um litígio estrutural sem recorrer ao ECI. Os critérios aqui defendidos são aplicáveis a qualquer ação estrutural, ajuizada no STF e em outras instâncias, independentemente de uma referência na petição inicial ao Estado de Coisas Inconstitucional e à jurisprudência colombiana⁴.

Dito isso, propomos que, no Brasil, sejam aceitas ações estruturais que tratem de graves, sistemáticas e específicas violações aos direitos fundamentais de um grupo vulnerável ou minoritário, devendo o Judiciário atuar subsidiariamente, diante da contínua inércia do Poder Público. Assim, cinco critérios devem ser utilizados e comprovados para que haja a priorização de uma ação estrutural:

Critérios para identificar as ações estruturais mais relevantes

1. Graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais.
2. Especificidade.
3. Grupo vulnerável ou minoritário.
4. Permanente inércia do Poder Público.
5. Subsidiariedade judicial.

⁴ Sobre a diferença entre ECI e processos estruturais, ver: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*. Vol. 342, ano 48, p. 365-392. São Paulo: Ed. RT, agosto/ 2023.

O primeiro é a necessidade de comprovar uma grave violação aos direitos fundamentais. Os entrevistados foram unânicos em reconhecer que as ações estruturais são necessárias em casos de graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais. Existem realidades fáticas que violam direitos não fundamentais e, para sua alteração, exigem medidas estruturais. Não devem, todavia, ser prioridade para o Judiciário. Como ressaltou o Advogado da União (2023), não é qualquer falha do Poder Público que deve ser judicializada em ações estruturais. Por isso, os casos mais graves, com profundas e reiteradas violações aos direitos fundamentais, essenciais à dignidade humana e ao desenvolvimento básico do indivíduo, devem ser priorizados.

O segundo critério é a especificidade. Devem-se priorizar violações aos direitos fundamentais bem delimitadas, em que seja possível identificar um grupo específico – ainda que a totalidade de seus membros não seja identificável –, a localidade em que ocorre e um recorte da realidade que seja factível de apreciação judicial. Ações genéricas dificultam uma intervenção judicial efetiva e um monitoramento adequado, além de facilitar a resistência do Executivo (SHARP, 1999, p. 163-164). O pedido da ação estrutural deve ser bem delimitado, pois pedidos muito amplos dificultam a atuação do Judiciário e um enfrentamento adequado do problema (ASSESSOR 02, 2023). O critério da especificidade contribui para evitar ações que questionam, genericamente, toda a política nacional de habitação, de saúde, de moradia ou de educação.

Exemplo de ação estrutural genérica é a ADPF 866, na qual a ANMPC requereu o reconhecimento de um ECI de toda a política de saúde pública do país (STF, 2021c, p. 5-6). Realmente, existem bons argumentos para dizer que várias políticas de saúde não realizam os mandamentos constitucionais. Entretanto, ajuizar uma ação para solicitar uma intervenção judicial que trata de todo o Sistema Único de Saúde é ignorar a complexidade da matéria, os diferentes serviços existentes no SUS e os limites da capacidade institucional do Judiciário para tratar de questão tão ampla.

Então, o que seria uma ação específica? Para continuar na área de saúde pública, o problema das cirurgias ortopédicas no Estado do Ceará ajuda a compreender. Um usuário do Sistema Único de Saúde (SUS), portador de Espondilite Anquilosante Aguda, necessitava de uma prótese de quadril. Ao procurar o serviço público de saúde, foi informado dos problemas existentes para a obtenção do procedimento, como a insuficiência de médicos para realizá-lo, a pequena quantidade de hospitais credenciados e uma grande fila de espera (SANTANA, 2021, p. 137). Tendo em vista que a situação afetava uma coletividade que dependia do referido procedimento para ter qualidade de vida, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a Ação Civil Pública, alegando que: havia reduzido número de hospitais credenciados junto ao SUS; faltavam profissionais especializados nos hospitais já credenciados, em virtude da não realização de concurso público; os recursos destinados aos hospitais habilitados eram insuficientes; faltavam equipamentos e estrutura física adequada nos hospitais já credenciados, situação que contribuiu para a existência de enormes filas de espera (FARIA, 2019, p. 77). O caso foi julgado em 24.11.2010, determinando-se que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza adotassem as medidas necessárias à solução do problema da fila de espera das cirurgias ortopédicas de alta complexidade.

O estado de coisas levado ao Judiciário era mais específico: uma grande fila de pacientes esperando as próteses de que necessitavam, enquanto faltavam investimento e infraestrutura para dar conta da demanda (FARIA, 2019, p. 81). Seria possível cogitar uma ação

estrutural para tratar de todas as políticas públicas de saúde em nível estadual, mas quais as reais chances de obter um tratamento adequado desta demanda por parte do Judiciário? É factível esperar que o Executivo, voluntariamente, revise todas as suas ações em saúde pública mediante uma única ação judicial? Acreditamos que não. Assim, é aconselhável que as ações estruturais mais específicas, com recortes bem delimitados da realidade, sejam priorizadas.

O terceiro critério é um dos mais relevantes: as ações estruturais prioritárias devem tratar de grupos minoritários e vulneráveis (WEAVER, 2002, p. 1631-1.632). Apesar de existirem autores que diferenciam as duas expressões (SÉGUIN, 2005, p. 11-14), optamos por adotar uma definição convergente entre os termos e que não depende da quantidade de pessoas que compõem o grupo (SODRÉ, 2005, p. 11-14). Estão nessa categoria os segmentos sociais que por circunstâncias externas – pobreza, falta de escolaridade e de poder socioeconômico – e por características intrínsecas – deficiências físicas e mentais, doenças graves, idade e orientação sexual – têm direitos ameaçados e encontram grandes dificuldades para influenciar os fóruns democráticos tradicionais (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p. 32). Cláudio Márcio do Carmo adota definição semelhante, explicando que:

Nessa perspectiva, minoria pode ser definida a partir de uma particularização de um grupo, já que a maioria se define por um agrupamento generalizado, ou seja, por um processo de generalização baseado na indeterminação de traços, os quais indicam um padrão de suposta normalidade, considerada majoritária em relação ao outro que destoar dele. A vulnerabilidade advém, pois, de pressões desse suposto padrão de normalidade, que pressiona tudo e todos que possam ser considerados diferentes. A violência, por sua vez, tanto pode ser física quanto simbólica, originária dessa pressão, que, muitas vezes, na forma de preconceito e rejeição, marginaliza e discrimina o diferente. (CARMO, 2016, p. 204-205)

É comum que os grupos vulneráveis se encontrem em uma pobreza multidimensional (SEN, 2000, p. 114), comprometendo o exercício dos seus direitos fundamentais e privando-os de oportunidades para assegurar as condições necessárias para uma vida digna. Por terem características estigmatizadas pelos padrões dominantes, além de não terem poder político e econômico, tornam-se as principais vítimas da impermeabilidade das instituições democráticas (NUNES, 2016, p. 19). Em um contexto de constitucionalismo transformador, o Judiciário, sobretudo sua Corte Constitucional, desempenha um papel importante na proteção dos mais vulneráveis, especialmente quando os outros Poderes falham em garantir o mínimo existencial (ROA ROA, 2020, p. 4-6).

Uma outra característica dos grupos vulneráveis parece ser o fato de que estes dificilmente conseguem modificar sua situação precária de vida, permanecendo no ciclo de pobreza e/ou vulnerabilidade⁵. Isso ocorre por diversas razões. Uma delas, entretanto, é que esses grupos estão tão focados em garantir sua subsistência e condições mais dignas

⁵ Essa ideia é trazida por: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*. Vol. 342, ano 48, p. 365-392. São Paulo: Ed. RT, agosto 2023, p. 11.

(ou menos degradantes) de vida que, muitas vezes, não conseguem direcionar atenção a esforços que permitiriam uma efetiva transformação de sua condição social⁶. Essa falta de perspectiva, portanto, retroalimenta o ciclo da desigualdade social e mantém uma hierarquia na qual os privilegiados permanecem numa condição de prestígio e os vulneráveis não conseguem se mobilizar para fugir da pobreza e marginalização social.

A jurisprudência nacional já identifica alguns dos principais grupos vulneráveis. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende como hipervulneráveis (STJ, 2015a, p. 8) os indígenas (STJ, 2009); as crianças e os adolescentes (STJ, 2015b); os idosos (STJ, 2015a); as pessoas com deficiência (STJ, 2008) e as mulheres em situação de violência doméstica (STJ, 2018). Na jurisprudência do STF, incluindo as atuais ações estruturais, também são considerados como vulneráveis os quilombolas, os negros, as pessoas em situação de rua, os moradores de comunidades carentes e periféricas e os presos. A lista não é exaustiva, servindo apenas como um parâmetro para que o juiz identifique se o grupo afetado pelo litígio estrutural é minoritário ou vulnerável.

O critério da vulnerabilidade é útil para evitar que litígios de caráter estrutural, que atingem predominantemente um segmento social com recursos econômicos e políticos para lutar por mudanças em outras instâncias, sejam judicializados. A ADPF 682 (STF, 2020a), que pedia o reconhecimento do ECI do ensino jurídico superior no Brasil, é um exemplo de ação que não passaria por esse critério. Mesmo que exista um estado de coisas em desconformidade com os preceitos constitucionais, a OAB não representa uma categoria profissional vulnerável e desprovida de acesso às instâncias políticas, pelo contrário. Em casos assim, em vez de arquivar a ação com base no princípio da subsidiariedade da ADPF, como fez o ministro Lewandowski, é possível negar seguimento com base na inexistência de um grupo vulnerável ou minoritário diretamente afetado pelo litígio.

O quarto critério é a prolongada inércia do Poder Público. As ações e omissões estatais que contribuem para a existência do litígio estrutural não podem ser falhas pontuais e momentâneas; é necessário que haja uma permanente e injustificada inércia em solucionar adequadamente a questão (PUGA, 2021, p. 119-121). Normalmente, são problemas que se prolongam há anos ou décadas. A falta de um serviço público momentâneo ou falhas pontuais em uma política pública podem ser questionadas, mas não em uma ação estrutural. Por se tratar das mais graves violações aos direitos fundamentais, é preciso verificar a constância do problema. Dificuldades momentâneas ou a desorganização temporária da fila para a cirurgia de próteses ortopédicas não ensejariam uma ação estrutural. Por outro lado, uma permanente desorganização do sistema de saúde para lidar com a demanda por essas cirurgias, com uma fila que não diminui ao longo dos anos, a falta de investimento na infraestrutura necessária para realizar os procedimentos e a inexistência de novos convênios com hospitais poderiam justificar uma ação estrutural em conformidade ao quinto critério.

Em alguns casos, o problema enfrentado pode até ser novo, porém a inércia e a indiferença com o grupo afetado são permanentes. As ADPFs 709 e 742 são um bom exemplo disso. Ambas foram ajuizadas em 2020, no mesmo ano em que a pandemia de Covid-19 se agravou no Brasil. Apesar de ser um novo problema de saúde, as comunidades indígenas e quilombolas, que são protegidas pelas ADPFs, sofrem constantemente com a exclusão

⁶ Essa ideia é trazida por: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*. Vol. 342, ano 48, p. 365-392. São Paulo: Ed. RT, agosto 2023, p. 11.

social e política. Para esses segmentos sociais, as omissões públicas são reiteradas há muito tempo. Além disso, tendo em vista a emergência de saúde pública, não faria sentido esperar alguns meses ou anos para que o problema fosse tratado como permanente. Até lá, as comunidades poderiam ter sido exterminadas.

Por último, o quinto critério, de grande relevância e diretamente ligado ao anterior, é a subsidiariedade da intervenção judicial. Idealmente, litígios estruturais não devem ser resolvidos no Judiciário. São problemas que estão no âmbito de competência do Executivo e do Legislativo e, por conseguinte, deveriam ser por eles identificados e solucionados. A sua judicialização é um sinal de que os outros Poderes falharam em suas atribuições e precisam do auxílio do Judiciário para reajustar a sua atuação e cumprir com suas obrigações constitucionais (FLETCHER, 2004, p. 1629-1631).

Dito isso, alguns pontos precisam ficar claros, principalmente para acalmar os críticos. Primeiro, o Judiciário não deve ser visto como a primeira opção para solucionar o litígio estrutural, como frisou Sarmento (2022), mas como a última opção, quando outros caminhos foram tentados e inexistem alternativas à proteção efetiva do grupo afetado (MBAZIRA, 2009, p. 213-214). Razão que relaciona o quinto critério intimamente ao quarto. As omissões são prolongadas porque, geralmente, os grupos sociais afetados já se mobilizaram e pressionaram os órgãos públicos responsáveis pela solução do problema. Contudo, não conseguiram respostas ou, caso tenham obtido algum sucesso, as medidas adotadas foram insuficientes. Quando as outras portas se fecham, o papel do Judiciário como um fórum de protestos se torna mais necessário. A intervenção judicial se torna essencial, quando o grupo vulnerável já recorreu aos outros Poderes, mas não obteve respostas, ou quando sequer há interesse político em proteger o grupo. É o caso, por exemplo, dos presos. Como bem identificou o então relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio:

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. (STF, 2015c, p. 9)

Em segundo lugar, a intervenção judicial não deve ser sinônimo de usurpação de competências. Pelo contrário, o Judiciário deve atuar para proteger o grupo afetado, apontar as falhas da Administração Pública e contribuir para que os órgãos responsáveis reajustem a sua atuação. Se é verdade que o Judiciário desempenha um relevante papel no constitucionalismo transformador, é igualmente verdadeiro que ele não é o protagonista na realização do projeto constitucional, tampouco detém o monopólio para determinar o conteúdo dos fins constitucionais ou estabelecer os melhores meios para alcançá-los. Verdadeiras transformações sociais podem ser estimuladas pela via judicial, mas só ocorrem com a atuação protagonista do Executivo, do Legislativo e da sociedade civil (ROA ROA, 2020, p. 7-8). Como alertam Diego Werneck e Evandro Sússekind (2022, p. 2586-2589), o constitucionalismo transformador não deve implicar uma “engenharia social judicial”, com juízes monopolizando a escolha de meios e fins sob o argumento de realizar uma técnica interpretação constitucional.

Aqui, o pensamento pragmático mostra-se necessário. Ainda que alguns autores brasileiros tenham uma leitura reducionista sobre o tema, associando-o ao solipsismo ou ao autoritarismo judicial (STRECK, 2014, p. 35), os autores pragmáticos recomendam o contrário. Ao receber uma ação estrutural e analisá-la pelas lentes do pragmatismo, é preciso prudência sobre a necessidade de decidir o caso e o grau de intervenção judicial na questão. O juiz não deve buscar boas consequências apenas no caso específico (BUTLER, p. 2002, p. 279-280). Deve analisar os impactos sistêmicos de sua decisão, buscando tutelar os direitos em questão com o menor nível de perturbação no sistema jurídico. Dessa forma, um juiz pragmático não aceitará todas as ações estruturais para julgamento. Ele sabe que não dispõe de capacidade técnica para o grande volume de ações e, principalmente, está ciente de que a sua função não é substituir os representantes democraticamente eleitos (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 201-208), mas contribuir para que saiam da inércia e deem atenção para os grupos esquecidos.

Em resumo, a finalidade do processo estrutural não é tornar o juiz um administrador público, mas fazer o administrador público cumprir adequadamente o papel que já deveria estar desempenhando. Por isso, David Landau (2014, p. 1546) entende que medidas rígidas, como as estruturais, são justificadas desde que tenham como finalidade o aprimoramento das instâncias democráticas, não a sua substituição. Caso contrário, a sua utilização pode ter efeitos negativos na relação entre os cidadãos e as instituições políticas. De forma semelhante, Oscar Vilhena defendeu em sua entrevista que:

O Judiciário não é o responsável primário para reformas estruturais, são as outras instâncias do Poder Público. A responsabilidade primária é dos poderes políticos. O Judiciário entra quando existe violação massiva de direitos e há omissão do Poder Público diante disso. Não se trata de usurpação de competências diante de um cenário desse tipo. [...] Para quem postula medidas estruturais, é bom ter cuidado que o Judiciário não substitua os outros poderes. A função judicial é levar a mudança das instituições públicas e a reformular a sua atuação judicial. Modificar a inércia e monitorar a superação desse estado de inconstitucionalidade. (SERAFIM, ago., 2022)

Portanto, para evitar uma banalização das ações estruturais, é preciso que o STF e o Judiciário como um todo levem a sério o seu papel subsidiário e não aceitem a ação quando houver outro recurso efetivo para tratar do problema.

Por último, cabe ressaltar que nem toda ação estrutural aceita pelo STF terá âmbito nacional. Na ADPF 635, por exemplo, temos o problema da segurança pública e a letalidade policial do Rio de Janeiro sendo questionados no Tribunal. O critério da subsidiariedade também deve ser aplicado aqui, ajudando a identificar ações estruturais que têm como objeto litígios locais, mas que precisam ser julgadas no STF. Quando existem razões que demonstram a insuficiência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal para resolver o problema, deve-se recorrer ao Tribunal subsidiariamente. Isso pode ocorrer em duas situações: existência de prévias ações judiciais que tratavam do tema e foram ignoradas pelas outras instâncias ou não obtiveram uma tutela estrutural; e por existir fundado receio de alinhamento político e ideológico dos magistrados com a política questionada. Daniel Sarmento, advogado da ADPF 635, apontou a desconfiança do Judiciário do Rio de Janeiro para lidar com o litígio estrutural levado ao STF:

Identificar quando ajuizar uma ação estrutural no Supremo depende de uma análise contextual, é você olhar para as alternativas e ver os seus prós e contras. Por exemplo, a ADPF das favelas poderia, hipoteticamente, ser uma Ação Civil Pública no Rio de Janeiro. Já existia até uma ACP nesse sentido, mas o foco era a Favela da Maré. Só que a ação não andava, o Judiciário do Rio de Janeiro tendia a decidir em favor do governo e a ação não andava. (SERAFIG, jun., 2022)

No entanto, é importante ressaltar que o autor da ação não deve alegar, genericamente, a insuficiência das outras instâncias judiciais. Como regra geral, o STF não é a instância que deve julgar ações estruturais (FACHIN, 2018, p. 229). Processos desse tipo devem chegar ao Judiciário, quando necessário, mediante Ação Civil Pública. Por isso, para levar um problema local ao STF, é preciso demonstrar as tentativas prévias de resolução, o resultado insatisfatório da tutela judicial obtida e os indícios de que os magistrados competentes não estão dispostos a questionar a atuação do Poder Público. Caberá ao STF, com base nas circunstâncias do caso e nos argumentos apresentados, determinar se há uma exceção à regra da nacionalidade. Em futuras ações estruturais que tratem de problemas locais, recomenda-se que o Tribunal deixe claro que a ADPF 635 foi uma exceção e casos semelhantes só serão aceitos se comprovada a presença de razões excepcionais.

Considerações finais

O presente artigo teve como propósito apresentar ao leitor critérios para o reconhecimento de ações estruturais, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto em outras instâncias do Poder Judiciário. Nesse sentido, foram reconhecidos os seguintes critérios: a) graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais; b) especificidade; c) a existência de um grupo vulnerável ou minoritário; d) permanente inércia do Poder Público; e) subsidiariedade judicial.

No que diz respeito ao primeiro critério, entende-se que não é qualquer tipo de cenário que deve ser considerado digno de uma ação estrutural, mas somente aqueles que

realmente envolverem violações a direitos fundamentais que comprometem a dignidade humana e o desenvolvimento básico do indivíduo. Com isso, restringe-se consideravelmente os quadros que podem ser alvo de uma ação estrutural, evitando que toda e qualquer transgressão a direitos seja judicializada como se estrutural fosse.

O segundo critério, o da especificidade, faz referência ao fato de que as violações mencionadas no parágrafo anterior devem ser bem delimitadas, sendo possível identificar o grupo vitimado, ainda que a totalidade dos membros não seja identificável. Esse critério foi estabelecido tendo em vista que ações genéricas dificultam consideravelmente uma intervenção profícua do Poder Judiciário, assim como o monitoramento da decisão estrutural implementada.

O terceiro critério é o da identificação, na ação, de grupos minoritários e vulneráveis enquanto vítimas diretas do litígio em questão. Esse critério é muito relevante, pois delimita de forma significativa que ações serão prioritárias. Afinal, apesar de muitas situações no Brasil envolverem a violação de direitos fundamentais, nem todas essas violações afetam os grupos aqui mencionados. A classificação dos grupos aqui utilizada, portanto, diz respeito a segmentos sociais que por fatores externos, como miséria, falta de escolaridade e de condições financeiras, por exemplo, ou por características intrínsecas como deficiências físicas e mentais, doenças graves, idade, entre outros, os quais têm seus direitos ameaçados e encontram óbices nos canais políticos para que suas demandas sejam atendidas, o que ocasiona que sua situação de vida permaneça a mesma, sem que haja qualquer tipo de melhora. Esses grupos, de tal maneira, em um contexto de constitucionalismo transformador, devem ser privilegiados no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, a fim de que seus pleitos tenham a chance de visibilidade e lograr êxito.

O quarto critério é a reiterada inércia do Poder Público, reforçando a ideia de que mudanças estruturais não devem ocorrer de modo prioritário pela via judicial. O Judiciário só deve ser provocado quando as alternativas políticas já foram acionadas e permanecem omissas. Apenas diante da não atuação das instâncias políticas e da permanência do quadro de graves violações a direitos, o Poder Judiciário deve, quando provocado, intervir. Estabelece-se, com isso, um vínculo com o quinto critério, que diz respeito à subsidiariedade da atuação judicial. Isso porque o quarto critério estabelece um privilégio das instâncias políticas na resolução de questões estruturais, mitigando possíveis críticas à interferência jurisdicional em questões de políticas públicas. Se não houvesse a possibilidade de judicializar essas demandas, a alternativa à inércia política seria a manutenção do estado de coisas violador de direitos e a perpetuação das transgressões a direitos de grupos vulneráveis, o que acarretaria um cenário completamente calamitoso.

Entende-se que a adoção desses critérios, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, tem o condão de mitigar as críticas que são direcionadas à atuação judicial no controle de políticas públicas e, principalmente, evitar que as ações estruturais sejam trivializadas. Apesar de não ser difícil vislumbrar que, no Brasil, vários são os cenários que escancaram a desconformidade das promessas constitucionais com a realidade, nem todos devem ser tratados pela via judicial com a roupagem estrutural, sob pena de banalizar esse tipo de ação. Recomenda-se, assim, que os critérios aqui estabelecidos sejam avaliados antes do reconhecimento ou não de uma determinada ação como estrutural.

Referências

- ADVOGADO DA UNIÃO. *Depoimento* [set. 2023]. Entrevistador: XXX. Realizada virtualmente, 2023. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.
- ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, 2022.
- _____.; LEAL, Fernando. Pragmatismo Jurídico como [Meta]Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.
- ASSESSOR 01. *Depoimento* [jun. 2022]. Entrevistador: XXX. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.
- ASSESSOR 02. *Depoimento* [mar. 2023]. Entrevistador: XXX. Realizada virtualmente, 2023. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.
- BUTLER, Brian E. Legal Pragmatism: Banal or Beneficial as a Jurisprudential Position? *Essays in Philosophy*, v. 3, n. 2, p. 269-286, 2002.
- CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in) tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, v. 1, n. 64, p. 201-223, 2016.
- FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018.
- FARIA, Priscila Teixeira de. *Litígios estruturais e o direito à saúde: o caso da fila das cirurgias ortopédicas de alta complexidade do Estado do Ceará*. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2019.
- FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982, p. 694-697.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*. Vol. 342, ano 48, p. 365-392, ago. 2023.
- LANDAU, David. A Dynamic Theory of Judicial Role. *Boston College Law Review*, v. 55, p. 1501-1562, 2014.
- MBAZIRA, Christopher. *Litigating Socio-economic Rights in South Africa: A choice between corrective and distributive justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009.
- MINISTRO 01. *Depoimento* [out. 2022]. Entrevistador: XXX. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.
- MINISTRO 02. *Depoimento* [out. 2022]. Entrevistador: XXX. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.

- NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania: o Supremo Tribunal Federal na Nova República*. 2016. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- PUGA, Mariela. La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales. In: CINCA, Carlos Martinez; SCIVOLETTO, Gonzalo (Comps.). *Estado de derecho y legitimidad democrática: perspectivas, problemas y propuestas*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021, p. 103-130.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latino-americano. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, n. 2020-11, p. 1-16, 2020.
- ROGERS, Wend; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, v. 2, n. 1, p. 31-41, 2008.
- SANTANA, Felipe Augusto Viégas Alves e. *Reformas estruturais e o estado de coisas inconstitucional*. 2019. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Instituto de Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2021.
- SARMENTO, Daniel. *Depoimento* [jun. 2022]. Entrevistador: XXX. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.
- SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHARP, Naomi. *Wrongful System Rights Violations and the Potential of Court-Sponsored Structural Reform*. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculty of Graduate Studies and Research, McGill University, Montreal, 1999.
- SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (org.). *Comunicação e cultura das minorias*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 11-14.
- STEFFENS, Luana; JOBIM, Marco Félix. A judicialização das políticas públicas durante pandemia de Covid-19 e os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos Estruturais*. 4. ed. São Paulo: Juspodivum, 2022. p. 709-741.
- STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 7, n. 2, p. 25-48, 2014.
- SUNSTEIN, Cass R.; MARGALIT-ULMANN, Edna. Second-Order Decisions. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5-31, out. 1999.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 684.612*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>. Acesso em: 5 jul. 2023.
- _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 973*. Petição inicial. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 2022a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6404537>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976*. Despacho do Relator. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354954511&ext=.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991*. Relator: Edson Fachin. 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354873433&ext=.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Decisão monocrática do relator. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345629715&ext=.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 2021c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347092070&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>. Acesso em: 26 jan. 2023.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-de-direito.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760*. Voto da relatora. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020c. p. 33-35. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 742*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2020d. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2015c. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus nº 100.446*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27100446%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27100446%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27100446%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27100446%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 25 jan. 2023.

_____. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.192.577 - RS*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2015a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201192577>. Acesso em: 25 jan. 2023.

_____. *Recurso Especial nº 1.517.973*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2015b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201192577>. Acesso em: 25 jan. 2023.

_____. *Recurso Especial nº 1.064.009*. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=a%E7%E3o+civil+p%FAblica+e+ind%EDgenas&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 jan. 2023.

_____. *Recurso Especial nº 931.513*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2010_220_capPrimeiraSecao.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Depoimento* [ago. 2022]. Entrevistador: XXX. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de tese de doutorado e utilizada neste artigo.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

WEAVER, Russel L. The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004.

A criminalização autônoma da autolavagem de capitais sob a ótica da legalidade e proporcionalidade da intervenção penal estatal

*The autonomous criminalization of self-laundering of capital
from the perspective of legality and proportionality of state
criminal intervention*

Pedro Eulerino Teixeira Simão*

Sumário

1) Introdução. 2) Do crime de lavagem de capitais. 3) A controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais. 3.1) Da suposta violação ao princípio da legalidade. 3.2) Da inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*. 3.3) Da eventual incidência do princípio da consunção, em virtude do pós-fato impunível. 4) O posicionamento da jurisprudência brasileira a respeito da punição da autolavagem de capitais. 5) A criminalização do delito de autolavagem nos sistemas jurídicos penais contemporâneos. 5.1) Estados Unidos. 5.2) França. 5.3) Portugal. 5.4) Espanha. 5.5) Alemanha. 6) A legalidade e a proporcionalidade da intervenção penal Estatal como solução do problema da criminalização da autolavagem de capitais na Itália. 7) Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente Artigo aborda aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos à possibilidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais à luz dos sistemas jurídicos penais contemporâneos. Tendo como ponto de partida o debate de ideias antagônicas sobre o tema, pretende-se demonstrar a legitimidade da punição do autor do crime antecedente pela prática do delito subsequente de lavagem de capitais. Superada essa controvérsia, tenciona-se sugestionar ao legislador pátrio a tipificação expressa dessa modalidade específica de crime na legislação brasileira, adotando-se como modelo a previsão legal existente no Código Penal italiano.

Abstract

This Article addresses doctrinal and jurisprudential aspects relating to the possibility of autonomous criminalization of self-laundering of money in light of contemporary criminal legal systems. Taking as a starting point the debate of antagonistic ideas on the subject, the aim is to demonstrate the legitimacy of punishment the perpetrator of the previous crime for committing the subsequent crime of money laundering. Having overcome this controversy, it is intended to

* Doutorando em Direito Penal na UERJ. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa) Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - Membro do GAECO.

suggest to the national legislator the express classification of this specific type of crime in Brazilian legislation, adopting as a model the legal provision existing in the Italian Penal Code.

Palavras-chave: Autolavagem de capitais. Autonomia do crime de lavagem de capitais. Legalidade e proporcionalidade da intervenção penal Estatal. Proposição de adoção do modelo contido no Código Penal italiano.

Keywords: *Self-laundering of money. Autonomy from the crime of money laundering. Legality and proportionality of State criminal intervention. Proposal to adopt the model contained in the Italian Penal Code.*

1) Introdução

“Lavagem de Dinheiro”, “Branqueamento de Capitais”, “Blanqueo de Capitales”, “Money Laundering”, “Blanchiment D’argent”, “Geldwäsche” e “Riciclaggio”. Todas essas expressões são sinônimas e utilizadas no Mundo contemporâneo para designar o mesmo problema jurídico-econômico global. Para compreendermos o fenômeno da lavagem de capitais de modo a buscar soluções efetivas para o enfrentamento dessa espécie delituosa, é imprescindível analisarmos o tema sob uma perspectiva internacional.

Para se ter ideia da importância do constante desenvolvimento de estratégias de prevenção e combate à lavagem de capitais a nível global, estima-se que o valor total de dinheiro lavado anualmente no Mundo está entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, algo entre US\$ 800 (oitocentos) bilhões e US\$ 2 (dois) trilhões de dólares, de acordo com dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).¹

A problemática criminal inerente aos efeitos deletérios na economia internacional decorrentes da ocultação e/ou dissimulação de bens e valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de infrações penais se situa primordialmente no âmbito do Direito Penal Econômico, afetando não somente os países considerados ricos, como também os pobres. Na Itália, cerca de 100 (cem) bilhões de euros são “lavados” anualmente. Em países mais pobres, exemplos expressivos que simbolizam a magnitude da utilização da lavagem de capitais pelas organizações criminosas são Moçambique e Nigéria, onde 47% e 43%, respectivamente, dos negócios lá realizados envolvem dinheiro branqueado.²

Diante desse contexto, a propagação da lavagem de capitais ao redor do Mundo é compreensível porque o dinheiro “sujo” escoia para todos os lados, tanto para consumo como para investimentos. Tal fenômeno é facilitado em virtude de dois elementos estreitamente relacionados: por um lado, a crescente globalização dos fluxos de reciclagem do dinheiro “sujo”; por outro, a persistência de fortes segmentações e heterogeneidades existentes na legislação adotada pelos mais diversos países, em que os casos extremos são representados pelos paraísos fiscais e bancários que adotam comportamentos não cooperantes, causando assim “buracos” na rede de combate ao branqueamento de capitais. Consequentemente, as atividades ilícitas do crime organizado se beneficiam desses dois fatores, por meio

¹ Informações disponíveis em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/29-unodc-marca-dia-nacional-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro.html>. Acesso em 10/06/2024.

² Informações disponíveis em: <https://www.un.org>. Acesso em 12/06/2024.

da movimentação financeira espúria dos expressivos valores auferidos com a prática de infrações penais.³

Não é por outro motivo que, a partir do final da década de 80, foram firmadas diversas Convenções internacionais com o firme propósito de intensificação da prevenção e do combate à lavagem de capitais. Nesse sentido, destaca-se a Convenção de Viena de 1988 (Convenção da Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), a Convenção de Palermo de 2000 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) e a Convenção de Mérida de 2003 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), todas formalmente incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Obviamente, a referida legislação internacional trouxe resultados positivos no combate ao branqueamento de capitais praticado pelas organizações criminosas, já que a observância simultânea de tais recomendações (*Soft Law*) pelos pactuantes culminou no aprimoramento legislativo, que vem se concretizando cada vez mais, através da tendência de uniformização da normatização interna de cada país celebrante, relativa ao crime de lavagem de dinheiro.⁴

Verifica-se assim, que a importância da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro decorre da necessidade de impedir que as práticas criminosas possam comprometer a estabilidade econômico-financeira internacional, facilitando atividades perniciosas que possam degradar as estruturas do próprio Estado Democrático de Direito no âmbito interno dos países afetados pelo cometimento de delitos, prejudicando toda a sociedade. Por essa razão, é evidente a constatação de que o branqueamento de capitais “é uma das formas mais eficazes para criminosos promoverem seus interesses secretos”.⁵

É justamente nesse momento, qual seja, do uso, da destinação e da fruição dos bens e/ou valores auferidos ilicitamente pelo autor do crime antecedente, que o presente trabalho objetiva adentrar. Trata-se de verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro atual com a possibilidade de punição autônoma do delito de “autolavagem” ou “autobranqueamento”.

O crime de “autolavagem” ou “autobranqueamento” nada mais é do que uma modalidade específica de lavagem de capitais, na qual o próprio autor do crime antecedente, age com a finalidade de ocultação e/ou dissimulação dos bens, valores e/ou direitos provenientes de infração penal.⁶

Ao longo desse artigo acadêmico, será realizada uma abordagem a respeito da controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais, para posteriormente mencionarmos o entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais superiores brasileiros.

Após a superação do debate jurídico de ideias, tenciona-se expor o tratamento conferido à autolavagem de capitais em diversos sistemas jurídicos penais contemporâneos,

³ RAZZANTE, Ranieri. *Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023, p. 15.

⁴ PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁵ MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. *Money Laundering in Brazil and in the United States*. 2007, p. 8. Disponível em: <https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>. Acesso em: 6 de junho de 2024.

⁶ Segundo Mendroni, “a autolavagem ocorre quando o próprio agente, que obteve os valores/bens/direitos provenientes de infração penal, age de forma a ocultá-los e/ou dissimulá-los”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018, p. 92.

entre os quais, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, para finalmente fornecer ao legislador brasileiro solução referente à normatização jurídica dessa modalidade específica de lavagem de dinheiro, sob a ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal Estatal, por meio da tipificação legal expressa da referida infração penal, de acordo com o modelo adotado no Código Penal italiano.

2) Do crime de lavagem de capitais

Antes de adentrarmos na divergência de ideias que designa a nomenclatura desse estudo, é imprescindível definirmos previamente o que se entende como “lavagem de capitais”, para que seja possível expor ao leitor de forma clara e compreensível o tema proposto nesse artigo, que versa sobre a possibilidade de punição autônoma da “autolavagem” perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O termo “lavagem de dinheiro” foi idealizado no século XX, no final da década de 20, pelas autoridades norte-americanas com o intuito de definir um dos métodos utilizados pela máfia italiana para branqueamento de capitais. Um dos artifícios usados por *Alphonse Capone* – líder à época do crime organizado na cidade de Chicago – para justificar a origem dos valores ilícitos decorrentes de suas atividades delituosas era justamente a exploração de uma rede de lavanderias que formavam a empresa de fachada *Sanitary Cleaning Shops*. O referido estabelecimento comercial permitia ao grupo mafioso realizar depósitos bancários de notas de baixo valor, habituais nas vendas de lavanderia, mas que na realidade, eram decorrentes das atividades criminosas, tais como comércio clandestino de bebidas alcoólicas proibido pela Lei Seca vigente à época, exploração da prostituição, do jogo, extorsão, entre outros delitos.⁷

Com relação ao crime de lavagem de capitais no ordenamento jurídico brasileiro, há previsão legal no artigo 1º da Lei nº 9.613/98, que dispõe: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Ressalte-se que 14 (quatorze) anos após a edição da referida lei, houve uma reforma legislativa engendrada pela Lei nº 12.683/12, que inseriu na legislação pátria modalidades específicas de lavagem de capitais incluindo os parágrafos (§) 1º e 2º no mesmo artigo 1º da Lei nº 9.613/98, prevendo que: “§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; e § 2º I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

De modo geral, sobre a conceituação do delito de lavagem de dinheiro, a doutrina especializada pondera que o branqueamento de capitais pode ser visualizado por dois ângulos distintos que se complementam. Em sentido amplo, seria o processo de legitimação dos bens de procedência ilegal obtidos à margem do controle e fiscalização da Administração

⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 75.

Tibutária. Já em sentido estrito, tal crime seria compreendido como o processo de reconversão dos bens de origem delitiva em patrimônio aparentemente lícito.⁸

Por sua vez, uma visão mais didática do referido delito aponta no sentido de que a lavagem de capitais pode ser entendida como o “processo pelo qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”⁹, consistindo no “movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto de legalidade”.¹⁰

Em outras palavras, a expressão “lavar dinheiro”, popularmente utilizada no linguajar cotidiano, nada mais é do que o agir de modo livre e consciente com a finalidade de escamoteamento da origem ilícita de bens, valores e/ou direitos provenientes, direta e/ou indiretamente, da prática de infração penal antecedente, de modo a conferir-lhes aparência de legalidade no âmbito da economia local, regional ou global, dificultando assim, a identificação do dinheiro “sujo” pelos Órgãos Estatais de controle e fiscalização das atividades econômicas e financeiras.

Essa “aparência de legalidade” ocorre por meio da reinserção dos valores auferidos ilicitamente na economia, de forma a mascarar a sua origem delituosa, impedindo o rastreo e consequente confisco dos bens e/ou valores pelas autoridades públicas. Diante desse panorama, revela-se óbvio que as técnicas de colocação de dinheiro “sujo” na economia (*placement*) vêm se ampliando, se aperfeiçoando e tornando-se cada vez mais complexas.

Por essa razão, para ter êxito na empreitada criminosa, os agentes se utilizam de diversas operações com o fim de ocultação e dissimulação da origem ilícita dos ativos financeiros, buscando o distanciamento progressivo do dinheiro proveniente da infração penal que o originou, culminando na reinserção do capital na economia formal.

Seguindo essa linha de raciocínio, é de suma importância para compreensão da lavagem de dinheiro mencionar os ensinamentos de Badaró e Bottini¹¹ quando explicam que o processo de branqueamento de capitais é composto, minimamente, de três fases distintas, que muito embora sejam dinâmicas e possam se sobrepor – o que torna difícil a identificação no caso concreto – caracterizam-se pela existência de ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia.

A ocultação (*placement*) é a fase inicial da lavagem de dinheiro, podendo ser observada por meio de um movimento financeiro voltado à ocultação do valor auferido de maneira criminosa, distanciando-o de sua origem. Algumas das formas mais comuns de ocultação dos valores pecuniários ilícitos é o seu depósito ou transferência para contas de terceiros, vulgarmente conhecidos como “laranjas”, de maneira fragmentada em pequenas quantias,

⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 249.

⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edição. Navarra: Arazandi, 2015, p. 107.

¹⁰ Badaró e Bottini conceituam a lavagem de dinheiro como “o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de lícitude”. Trata-se “do movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 25.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 26-27.

justamente para não despertar a atenção das autoridades públicas. Tal técnica de lavagem é conhecida como *smurfing* ou *structuring*.

A etapa seguinte do processo de lavagem de capitais é a dissimulação (*layering*), que ocorre através de diversas e sucessivas transações com o firme propósito de “apagar o rastro” do dinheiro sujo, contribuindo assim, para afastar, cada vez mais, os valores de sua origem ilícita. Esse mascaramento da origem dos recursos financeiros também pode decorrer de fraude por meio da utilização de contratos de prestação de serviços sem que haja efetivamente algum serviço realizado, ou até mesmo, pela elaboração de notas falsas relativas à compra de bens inexistentes.

Por fim, a fase final da lavagem de dinheiro caracteriza-se pela integração dos valores ilícitos à economia formal (*integration*), com aparência lícita. Nessa etapa, os valores já dissimulados são reciclados em simulações de negócios lícitos, tais como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso (*loanback*).¹²

Realizada essas breves considerações a respeito da definição jurídica do crime de lavagem de dinheiro, bem como das etapas do processo de branqueamento de capitais, é relevante pontuar que, apesar de a lavagem de capitais ser dotada de autonomia, por outro lado, também é considerada um delito acessório, pois necessariamente sucede à prática de alguma infração penal antecedente que deu origem ao proveito econômico que será ocultado e/ou dissimulado, transformando-se em bens e/ou valores aparentemente lícitos.

Frise-se que as Convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro, entre as quais destacamos algumas que o Brasil é signatário, tais como, as Convenções das Nações Unidas de Viena, Palermo e Mérida, impulsionaram uma evolução legislativa quanto à noção de “infração penal antecedente”, sendo certo que ocorreram alterações na legislação brasileira desde o advento da Lei nº 9.613/1998.

Isso porque, inicialmente, o delito de lavagem de capitais descrito no artigo 1º do referido diploma legal previa em sua redação original um rol taxativo de crimes antecedentes pelos quais poderia se originar os valores ilícitos que posteriormente seriam ocultados e/ou dissimulados no processo de branqueamento de capitais.

Ocorre que a Lei nº 12.683/2012 excluiu o mencionado rol de crimes antecedentes, passando a considerar que os bens, valores e/ou direitos auferidos ilicitamente poderiam ser provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal, seja essa um crime ou uma contravenção penal.

Embora essa significativa alteração legislativa tenha maximizado as hipóteses de imputação penal pela prática do delito de lavagem de dinheiro, a Lei nº 9.613/98, ao contrário de outros sistemas jurídicos penais contemporâneos, permaneceu silente quanto à possibilidade de responsabilização criminal do autor da infração penal antecedente por esta e, ao mesmo tempo, pela prática subsequente de branqueamento de capitais, o que delimitará o cerne do problema que gira em torno da autolavagem.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 27.

3) A controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais

Conforme pontuado, uma das alterações realizadas pela Lei nº 12.683/2012 foi a exclusão do rol taxativo de delitos antecedentes que estavam previstos no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 e que poderiam dar causa à responsabilidade criminal pelo cometimento do crime subsequente de lavagem de capitais. Consequentemente, o branqueamento de capitais pode se caracterizar em virtude da ocultação e/ou dissimulação de bens, valores ou direitos, provenientes direta ou indiretamente, da prática de qualquer infração penal antecedente, sendo possível que esta seja um crime, ou até mesmo uma contravenção.

Tendo em vista que a referida alteração legislativa foi silente em relação à possibilidade de imputar simultaneamente a responsabilidade criminal pela infração penal antecedente e pela lavagem de dinheiro subsequente, quando o mesmo agente pratica ambos os ilícitos penais, surgiu uma intensa controvérsia doutrinária sobre o tema.

Entre os argumentos levantados no sentido da impossibilidade de punição da autolavagem de capitais destacam-se a violação ao princípio da legalidade; a inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*; e a incidência do princípio da consunção em virtude da ocorrência de pós-fato impunível.¹³

Objetivando uma exposição mais didática voltada para uma melhor compreensão das teses supramencionadas, optamos por elencá-las separadamente para tornar mais fluída a leitura.

3.1) Da suposta violação ao princípio da legalidade

A respeito da suposta violação ao princípio da legalidade estrita que vigora no âmbito do Direito Penal, há quem sustente a incompatibilidade da criminalização da autolavagem, visto que a Lei nº 9.613/98 foi omissa quanto a essa modalidade específica de branqueamento de capitais, na contramão de outros ordenamentos jurídicos que tipificaram expressamente em suas legislações penais a possibilidade de punição pela prática do mencionado delito, como, por exemplo, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

Com esse entendimento, Tavares e Martins chamam a atenção para o fato de que não se pode desprezar a vontade do legislador brasileiro, pois ao não criminalizar a autolavagem, excluiu a possibilidade de interpretação extensiva ou ampliativa da lei penal para alcançar, com a criminalização da lavagem de dinheiro, também o autor do crime antecedente, punindo-o duplamente, isto é, por ambos os crimes.¹⁴

Analisando o problema jurídico por esse ângulo, poderia se afirmar que inexistindo previsão legal expressa tipificando a autolavagem, qualquer interpretação que tenha por objetivo punir essa modalidade específica de lavagem de dinheiro configuraria analogia *in malam partem*, violando assim, o princípio da legalidade, o qual está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB.¹⁵

¹³ DAL SANTO, Luiz Felipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. In: *Revista Jurídica Delictae*, Volume 3, nº 4, janeiro/junho, 2018, p. 193-253, p. 220.

¹⁴ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 68.

¹⁵ No tocante à relevância jurídica desse princípio constitucional, Juarez Cirino dos Santos, aponta que a legalidade representa "o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (...) (c) a analogia como método de criminalização ou de

Não é por outra razão que Roxin, ao discorrer sobre a taxatividade das leis penais como decorrência lógica do princípio da legalidade, alerta que uma lei indeterminada, sem clareza e sem precisão técnica, torna vulnerável o cidadão, sujeitando-o a arbitrariedades. Isso porque, tais brechas legislativas permitem ao julgador realizar qualquer interpretação da lei, o que pode resultar na invasão da função própria do legislador de elaboração das leis.¹⁶

Porém, quando o conteúdo da lei é certo e determinado, é recomendável a utilização dos princípios de interpretação do Direito Penal, com o firme propósito de se alcançar o âmbito de proteção da norma penal almejado pelo legislador. Nesse diapasão, tendo em vista a clareza solar inerente à redação do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, parece-nos ser improcedente qualquer argumento que defenda a violação do princípio da legalidade, única e exclusivamente, em virtude da possibilidade de punição simultânea do autor pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de capitais, até porque, o legislador não excluiu expressamente tal hipótese no dispositivo legal.¹⁷

Nesse sentido, esse detalhe importante nos leva a sustentar a inexistência de afronta à legalidade estrita que vigora no Direito Penal é que se o legislador brasileiro quisesse excluir o autor da infração penal antecedente da adequação típica referente à lavagem de capitais, teria feito expressamente nos mesmos moldes da redação do delito previsto no artigo 349 do CP, que ao tratar do crime de favorecimento real pune quem prestar a criminoso, “fora dos casos de coautoria ou de receptação”, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

Essa linha de pensamento é reforçada mais ainda, já que o artigo 1º da Lei nº 9.613/98 é considerado um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não havendo qualquer exigência expressa legal restritiva ou excludente de responsabilidade criminal dirigida ao sujeito ativo do delito. Por essa razão, a nosso ver, não há empecilho algum que impeça o concurso de crimes entre a infração penal antecedente e a autolavagem de capitais.

Além disso, razões de política criminal também ratificam a ausência de violação ao princípio da legalidade no que tange à punição da autolavagem, na medida em que não há causa justificável para favorecer o delinquente, castigando-o apenas pela prática do ilícito penal originário, uma vez que o criminoso, além de gozar das ganâncias oriundas da infração penal antecedente, beneficia-se dos frutos da lavagem de dinheiro.¹⁸

Entendimento em sentido diverso, no sentido da punição da autolavagem afrontar o princípio da legalidade representaria um verdadeiro retrocesso em virtude do incentivo à prática de crimes de branqueamento de capitais, na exata contramão das diretrizes estabelecidas tanto nas Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como também, pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), na prevenção e combate a essa espécie de crime.

punição de condutas; e (d) a indeterminação dos tipos penais e das sanções penais”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 20.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 169.

¹⁷ O artigo 1º da Lei nº 9.613/98 estabelece de forma precisa as condutas típicas que consistem na prática do delito de lavagem de dinheiro, nos seguintes termos: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

¹⁸ CARPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p. 476-477. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/97052>. Acesso em: 12/06/2024.

3.2) Da inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*

Outro argumento utilizado pelos defensores da inaplicabilidade da autolavagem perante o ordenamento jurídico brasileiro é a inexigibilidade de conduta diversa, que estaria fundamentada no “direito” do autor do crime antecedente de realizar o autobranqueamento com esteio no princípio *nemo tenetur se detegere*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* representa a garantia assegurada ao investigado/ acusado de não produzir provas contra si mesmo, como, por exemplo, o direito ao silêncio e a negativa à submissão de exames que possam produzir provas biológicas incriminatórias.

Por sua vez, a inexigibilidade de conduta diversa materializa uma excludente supralegal de culpabilidade, que isenta o agente da responsabilidade penal, quando esse, no momento da ação ou da omissão, não poderia, diante das circunstâncias fáticas, ter agido de outra forma, “porque, dentro do que nos é comumente revelado pela experiência humana, não lhe era exigível comportamento diverso”.¹⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, surge a interpretação realizada por parte da doutrina no sentido da inevitável ausência de consequências criminais para a prática da autolavagem, em virtude da impossibilidade de se exigir do autor da infração penal antecedente que entregue ou deixe ao alcance das autoridades públicas os bens e/ou valores auferidos, direta ou indiretamente, através do cometimento do ilícito penal prévio à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁰

Nesse sentido, sustenta-se que não se pode punir um delinquente por lavagem de dinheiro tão somente por ter praticado o delito de branqueamento para encobrir os bens e/ou valores derivados do crime antecedente, pois tal punição violaria frontalmente o direito à não autoincriminação, estando o agente acobertado pela excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.²¹ Ou seja, por esse viés ideológico, a dificuldade da investigação criminal sobre o patrimônio auferido ilicitamente pelo agente seria uma “consequência natural” da prática da infração penal antecedente.²²

Dessa maneira, para os defensores desse posicionamento, a lavagem de capitais não somente viabiliza a inserção dos valores auferidos ilicitamente na economia formal, com aparência de legalidade, como também possibilita a fruição do proveito do crime pelo autor da infração penal antecedente. Por isso, a criminalização da autolavagem seria uma ofensa à inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, já que levaria à “imposição de que o agente que praticou o crime antecedente deva, necessariamente, para não responder por lavagem de dinheiro, sair gastando o proveito

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11 -7- 1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328.

²⁰ Com esse entendimento, Délio Lins e Silva Junior e Marco Aurélio de Paula defendem a ideia de que “quando o autor do crime de lavagem de dinheiro for também o executor do crime antecedente, deve ser aplicada a inexigibilidade de conduta diversa para excluir sua culpabilidade com relação ao crime de lavagem de dinheiro”. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; PAULA, Marco Aurélio Borges de. *Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente*. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71, p. 62.

²¹ CORDERO BLANCO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 474.

²² RENART GARCÍA, Felipe. *El blanqueo de capitales en el derecho suizo*. In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 50, 2º trimestre, 1998, p. 119-165, p. 149-150.

econômico do crime precedente de forma aberta, chamando para si a atenção dos órgãos de persecução penal”.²³

A bem da verdade, entendemos que a inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, assim como qualquer outra excludente da responsabilidade penal, deve sempre levar em consideração a imposição de limites norteados pela razoabilidade, para se evitar a distorção de direitos e garantias fundamentais, de forma a salvaguardar a prática de ilícitos penais.

Analizando a autolavagem por essa perspectiva, seria totalmente incoerente defender a inexigibilidade de conduta diversa com o propósito de blindar o autor da infração penal antecedente contra eventual punição pela prática posterior de lavagem de dinheiro. Isso porque, a ação de proteger-se do controle e fiscalização dos órgãos de persecução penal em face da legitimidade dos bens e/ou valores branqueados ultrapassaria o limite de razoabilidade permitido para interpretação da referida excludente de culpabilidade, já que o direito de não produzir provas contra si mesmo não concederia automaticamente ao agente a possibilidade de conferir aparência de legalidade aos bens e/ou valores auferidos ilicitamente através de outra conduta delituosa.

Assim, o *nemo tenetur se detegere* resguarda o indivíduo contra a obrigação de uma participação ativa na sua incriminação, sem que o direito de não se autoincriminar represente “carta branca” para a prática de ações encobridoras ou dissimuladoras de sua responsabilidade penal. Interpretação em sentido contrário nos levaria ao entendimento de que o direito do investigado/acusado à não autoincriminação lhe outorgaria a prerrogativa de fraudar, ocultar e/ou dissimular a origem criminosa dos bens ou valores oriundos da prática do ilícito penal antecedente à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁴

Justamente por esse motivo que Horta e Teixeira defendem que a inexigibilidade de conduta diversa somente resguarda o investigado/acusado contra o dever de colaboração ativa incriminatória, não abarcando ações de “autoblindagem”, sob pena de transformarmos o direito à não autoincriminação em uma “licença” deliberada para o exercício de ações de encobrimento da responsabilidade criminal do agente, constituindo-se em uma “liberdade absoluta de autosalvação”.²⁵

Corroborando o entendimento da inaplicabilidade da excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa à autolavagem, Lima menciona o princípio da convivência das liberdades, para impossibilitar que qualquer das liberdades seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, raciocínio esse que nos conduz ao posicionamento de que o direito à não autoincriminação não pode ser entendido em sentido absoluto.²⁶

²³ BROETO, Filipe Maia. *Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira*. In: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance, volume 9, ano 3, janeiro/março, p. 117-149, 2022, p. 139-140.

²⁴ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. *Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, volume 18, nº 74, p. 7-49, 2019, p. 36-37.

²⁵ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. *Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07, p. 203-227, 2021, p. 209. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf>. Acesso em: 10/06/2024.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, p. 943.

Consequentemente, o autor da infração penal antecedente responderá pelo crime de lavagem de dinheiro, se, após o exaurimento do crime/contravenção precedente, execute novo ato independente, a fim de ocultar bens, direitos ou valores obtidos mediante o cometimento de algum ilícito penal, pois nesse caso, surge uma “nova infração penal autônoma e dissociada de qualquer exigência de colaboração por parte das autoridades públicas persecutórias”, afastando-se assim, a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.²⁷

3.3) Da eventual incidência do princípio da consunção, em virtude do pós-fato impunível

Por fim, há quem entenda que a autolavagem é um mero exaurimento da infração penal antecedente, sendo inviável a punição do autor desta pela prática de lavagem de dinheiro em razão do aproveitamento do produto do delito originário, já que o branqueamento de capitais ensejaria um fato posterior impunível decorrente do princípio da consunção.²⁸

Esse posicionamento se relaciona de certa forma com o fundamento da súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça que preceitua que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. Da mesma maneira, hipótese semelhante ocorreria no caso da receptação ao não se admitir a punição por esse delito, do autor, do coautor ou do partícipe do crime anterior, por se tratar de pós-fato impunível em virtude da incidência do princípio da consunção”.²⁹

Ressalte-se que o pós-fato impunível é designado por alguns juristas como pós-fato copenado³⁰, que diz respeito aos casos em que, embora haja pluralidade de ações e aparente pluralidade de adequação típica, deve-se reconhecer a presença de um único delito resultante da absorção do injusto do tipo penal do crime posterior ao conteúdo de injusto do tipo legal primário.³¹

Nesse contexto, de acordo com os defensores desse posicionamento, o autobranqueamento de capitais seria inaplicável ao autor da infração penal antecedente por ser um ato posterior copenado já abrangido pelo desvalor do ilícito penal precedente e, portanto, impunível.³² Sob essa perspectiva, a autolavagem seria um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, pois o dinheiro sujo deve necessariamente ser branqueado

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, p. 944.

²⁸ Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212*, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A. p. 194.

³⁰ CRUZ, Flavio Antonio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014. p. 785.

³¹ Segundo Cirino dos Santos, “o antefato e o pós-fato copunidos estão, geralmente, em relação de consunção com o fato principal: são punidos em conjunto com o fato principal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008, p. 426.

³² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 689.

em algum momento da vida do criminoso para que esse possa desfrutar dos valores auferidos ilicitamente com a prática do delito originário.³³

Consequentemente, o crime de lavagem de dinheiro, quando praticado pelo próprio autor da infração penal antecedente, seria absorvido por este, em virtude da incidência do princípio da consunção, sendo certo que eventual incriminação da autolavagem de capitais consistiria em uma dupla punição pelo mesmo fato delituoso em afronta direta ao *ne bis in idem*.

Em sentido diametralmente oposto, existe entendimento doutrinário no sentido da inaplicabilidade do princípio da consunção à autolavagem de capitais. Isso porque haveria distinção entre os diversos bens jurídicos tutelados pela lavagem de capitais e aquele protegido pela norma penal referente à infração penal antecedente.

Desse modo, com base na característica da autonomia, inerente ao crime de lavagem de dinheiro, parcela da doutrina entende que o desvalor da conduta que culmina no branqueamento de capitais não está englobado pelo desvalor da conduta referente à infração penal antecedente, sendo inevitável a aplicação do concurso material de crimes (artigo 69 do CP) aos casos de autolavagem.³⁴

Concordamos com esse posicionamento no sentido de que a autolavagem não pode ser considerada um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, justamente por consistir em uma nova infração penal totalmente independente daquela, que objetiva resguardar uma pluriofensividade de bens jurídicos, entre os quais, inclui-se a Administração da Justiça.³⁵

Nessa linha de pensamento, é perfeitamente possível a punição simultânea do mesmo agente, isto é, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem. Tal afirmação é respaldada pelo fato de que um dos bens jurídicos protegidos pela norma penal que tipifica o crime de lavagem de capitais (Administração da Justiça) é, em regra, diferente daquele violado pelo ilícito penal anterior, sendo certo que essa distinção autoriza a aplicação do concurso material de crimes sem que exista afronta ao *ne bis in idem*.³⁶

É nesse exato momento que, sem a intenção de esgotar o tema que será tratado no próximo capítulo, torna-se imprescindível mencionarmos que para ser possível o afastamento da incidência do princípio da consunção nas hipóteses de autobranqueamento, é necessário que a ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes de infração penal antecedente, advenha de atos subsequentes e autônomos que demonstrem claramente

³³ Nesse sentido, Bajo Fernández e Bacigalupo (2001, p. 677) sustentam que “*el dinero negro tiene necesariamente que ser blanqueado en algún momento de la vida de su titular para poder disfrutar él [...]. En dicho momento, el titular tiene dos opciones: una, confesar el origen de la riqueza y, al menos, responder por el delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera dado origen de la adquisición de ese dinero, o proceder a lo que denominamos “blanqueo de dinero”*”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 677.

³⁴ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017, p. 63.

³⁵ Com esse posicionamento, Carpio Delgado, defende a ofensividade inafastável da lavagem de dinheiro, à qual, “*como delito autónomamente configurado, tiene su propio bien jurídico que se puede diferenciar perfectamente del bien jurídico protegido por el delito previo*”. CARPIO DELGADO, Juana Del. *El delito del blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tese de Doutorado defendida na Universidad de Sevilla. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997, p. 468-469. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11441/97052>. Acesso em: 15/06/2024.

³⁶ BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 74.

a vontade livre e consciente do agente para o fim específico de reinserção do produto do crime/contravenção na economia formal.

Tendo em vista esse dolo específico inerente à configuração da autolavagem de capitais, Lima alerta que tanto a ocultação, quanto a dissimulação, “demandam a prática de um ato de mascaramento do produto direto ou indireto da infração antecedente”, de maneira que a simples utilização do proveito criminoso não configura, por si só, a “higienização de ativos”. Assim, o mero aproveitamento do produto do delito/contravenção seria irrelevante à Administração da Justiça ou à ordem socioeconômica, representando um exaurimento da infração penal antecedente, tal como o criminoso que gasta o dinheiro sujo em viagens e em restaurantes.³⁷

4) O posicionamento da jurisprudência brasileira a respeito da punição da autolavagem de capitais

Sem sombra de dúvidas, o principal objetivo da Lei nº 9.613/98 foi a adequação do ordenamento jurídico brasileiro às recomendações internacionais (*Soft Law*) estipuladas desde 1988, por meio da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena. No preâmbulo desta, demonstra-se a intenção, em âmbito global, de sufocar os rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.³⁸

Embora a edição da Lei nº 9.613/98 tenha sido de suma importância na observância das diretrizes internacionais supramencionadas, é fato notório que ao dispor em seu artigo 1º sobre o delito de lavagem de dinheiro, houve omissão quanto à possibilidade de punição pela autolavagem, que ocorre quando o autor da infração penal antecedente pratica atos subsequentes de ocultação e/ou dissimulação da vantagem econômica auferida ilicitamente com a finalidade de conferir-lhe aparência de legalidade.

Diante do silêncio da referida norma penal, surgiu a controvérsia se a autolavagem seria um pós-fato impunível por ser mero exaurimento da infração penal antecedente ou, se ao contrário, o autor dos injustos penais antecedente e subsequente (lavagem de dinheiro) poderia ser condenado por ambos, sem que tal condenação violasse o princípio do *ne bis in idem*.

Ao se debruçar sobre a divergência, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros inclinou-se pela possibilidade de punição da autolavagem de forma autônoma e independente da infração penal antecedente, viabilizando assim, a incidência do concurso de crimes na referida hipótese.

Essa construção jurisprudencial começou a ser delineada no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.279-1/RN, quando se firmou o

³⁷ Com base nessa premissa, Lima sustenta a incompatibilidade do princípio da consunção (pós-fato impunível), em relação ao ato “genuíno” de lavar dinheiro, eis que haveria a configuração de “lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária” da infração penal antecedente. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, p. 942-951.

³⁸ Nos termos do preâmbulo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 154, 26 de junho de 1991.

entendimento de que a lavagem de dinheiro “é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento do crime antecedente”, ou seja, a prática da autolavagem é punível, não havendo que se falar em afronta ao princípio *ne bis in idem*.³⁹

Corroborando esse posicionamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no Inquérito nº 2.471/SP pela possibilidade de o autor da infração penal antecedente responder criminalmente, simultaneamente à imputação de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, ponderou-se que “não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, em ações penais diversas”, sendo viável, inclusive, que os indícios da prática de corrupção angariados em uma ação penal sirvam para configuração do crime de lavagem de capitais.⁴⁰

A consolidação efetiva do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de punição da autolavagem se deu na Ação Penal nº 470/MG, que ficou conhecida popularmente como o caso do “Mensalão”. Isso porque a decisão do Tribunal Pleno estabeleceu a admissibilidade da criminalização autônoma e independente da lavagem de dinheiro cometida pelo mesmo autor da infração penal antecedente.

Em outras palavras, reconheceu-se que a lavagem de dinheiro constitui delito autônomo em relação aos ilícitos penais antecedentes, e não mero exaurimento do crime anterior. Contudo, para configuração da autolavagem, é imprescindível “a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)”.⁴¹

Nesse sentido, ao se deparar com um caso concreto envolvendo simultaneamente os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente – caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta – de autolavagem se cogita apenas se

³⁹ De acordo com o *Habeas Corpus* nº 92.279-1/RN, que elencou a seguinte ementa: “Direito Penal. Crimes de uso de documento e de lavagem de dinheiro. Meio para a prática do crime contra o sistema financeiro nacional. Improcedência. Crimes autônomos e posteriores. Ausência de *bis in idem* entre os processos no Brasil e na Alemanha. Ordem denegada”. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 92.279-1/RN, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24/06/2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/> Acesso em 13/06/2024.

⁴⁰ Nos termos do acórdão proferido no Inquérito nº 2.471/SP pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que consignou: “Não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem. V – O fato de um ou mais acusados estarem sendo processados por lavagem em ação penal diversa, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, não gera *bis in idem*, em face da provável diversidade de contas correntes e das importâncias utilizadas na consumação do suposto delito”. Inquérito nº 2.471/SP. Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 29/09/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/> Acesso em 13/06/2024.

⁴¹ Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470/MG que decidiu: “Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvção por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvção por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro”. (Ação Penal nº 470/MG, Relator: LUIZ FUX, Relator/Acórdão: LUIS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07/04/2024.

comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente”.⁴²

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à possibilidade de punição da autolavagem praticada pelo autor da infração penal antecedente, afastando a incidência do princípio da consunção, desde que os atos caracterizadores da lavagem de dinheiro sejam autônomos, diversos e subsequentes àqueles atos pertencentes ao delito originário precedente.

Com fundamento nessa linha de raciocínio, a Corte Especial do STJ já teve a oportunidade de consignar que “embora a tipificação da lavagem de capitais dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime”.⁴³

Para não serem considerados pós-fato impunível, ou seja, mero exaurimento do crime/contravenção precedente, tais atos de lavagem de dinheiro devem ser necessariamente independentes e subsequentes à prática da infração penal antecedente, além de devidamente comprovados através da “efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe aparência de licitude”.⁴⁴

Assim, importante ressaltar que a mera utilização, fruição ou gozo das vantagens econômicas auferidas ilicitamente por meio do cometimento da infração penal antecedente insere-se no contexto do mero exaurimento desta, sendo considerado pós-fato impunível, incidindo nesse caso, o princípio da consunção. É a hipótese, por exemplo, da conduta de simplesmente gastar o dinheiro “sujo” em restaurantes e viagens ou, até mesmo, pagar contas diretamente usando dinheiro ilícito, sem camuflar ou dissimular a sua origem criminosa.⁴⁵

Verifica-se, portanto, que STF e STJ convergem em direção ao mesmo sentido, no tocante à possibilidade de punição simultânea do agente, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de capitais, sem que haja violação ao princípio *ne bis in idem*. Esse entendimento se justifica em virtude de o crime de lavagem de dinheiro ser um delito autônomo, correspondendo a uma “conduta criminosa adicional, que se caracteriza mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo”.⁴⁶

Apesar de a jurisprudência pátria solucionar o problema do autobranqueamento na prática jurídica, a nosso sentir, o cerne da questão repousa justamente na necessidade premente de um agir positivo do legislador brasileiro através da tipificação expressa do crime

⁴² Nos moldes do acórdão proferido pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal nº 694/MT. 1ª Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 02/05/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 25/04/2024.

⁴³ Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 989/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

⁴⁴ Nos exatos termos do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 989/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

⁴⁵ De acordo com o acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, nos autos da ACR nº 1999.70.00.013518-3. Relator do Acórdão: Desembargador Nefi Cordeiro, julgado em 04/07/2007. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/>. Acesso em: 22/06/2024.

⁴⁶ Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 923/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 23/09/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20/06/2024.

de autolavagem de capitais em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de adequar o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores à legalidade estrita, que deve nortear o Direito Penal vigente em um Estado Democrático de Direito.

Para impulsionar essa proposição, nada mais razoável do que uma imersão no tema da criminalização autônoma do delito de autolavagem, sob a ótica dos sistemas jurídicos penais contemporâneos, o que será objeto do próximo capítulo.

5) A criminalização do delito de autolavagem nos sistemas jurídicos penais contemporâneos

Antes de adentrarmos especificamente nas particularidades da criminalização autônoma da autolavagem de capitais em alguns sistemas jurídicos penais estrangeiros, revela-se de suma importância apontarmos previamente as diretrizes estabelecidas pelas Convenções internacionais e pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), no tocante ao referido tema.

Dos tratados internacionais mais relevantes que versam sobre o branqueamento de capitais, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena)⁴⁷, da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo)⁴⁸ e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida).⁴⁹

Tanto a Convenção de Palermo (artigo 6º, item nº 2, alínea ‘e’), quanto a Convenção de Mérida (artigo 23, item nº 2, alínea ‘e’) possuem previsão expressa semelhante dirigida aos países signatários no sentido da chamada “reserva de autolavagem”. Ambas as recomendações tratam da prerrogativa dos países que tenham aderido aos mencionados pactos internacionais de admitirem em sua legislação penal interna, de forma expressa, a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.⁵⁰

No que tange ao autobranqueamento de capitais, diante do teor permissivo das normas internacionais pactuadas (*Soft Law*), alguns países vedaram expressamente a criminalização da autolavagem em suas legislações internas, excluindo a possibilidade de punição autônoma pela lavagem de dinheiro cometida pelo autor da infração penal antecedente. É o caso da Áustria, (Seção §165 do Código Penal Austríaco) e da Suécia (artigo 6º, §2º, do capítulo 9 do Código Penal Sueco).⁵¹

A bem da verdade, tais regramentos proibitivos da punição da autolavagem consistem em exceção à regra. Alguns países, como os Estados Unidos e a França, estão na mesma situação do Brasil, ou seja, a despeito da inexistência de previsão legal expressa em seus ordenamentos jurídicos, a missão de interpretar a extensão do significado inerente ao delito de lavagem de dinheiro incumbe à jurisprudência consolidada dos respectivos tribunais.

⁴⁷ A Convenção de Viena foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 7.030/2009.

⁴⁸ A Convenção de Palermo foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5015/2004.

⁴⁹ A Convenção de Mérida foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687/2006.

⁵⁰ É importante destacar que, também no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), a Recomendação nº 3 versa especificamente sobre a lavagem de capitais, admitindo de forma expressa a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.

⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edição. Navarra: Aranzandi, 2015, p. 462

Por outro lado, Espanha, Portugal, Alemanha e Itália possuem disposição expressa em seus Códigos Penais no sentido da criminalização autônoma do crime de autolavagem. Para melhor organização, elencaremos a seguir, separadamente, as peculiaridades de cada sistema jurídico penal no que tange à autolavagem de capitais.

Optamos ainda, por minudenciar no próximo capítulo, a solução adotada pelo legislador italiano, para resolver o problema da necessidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais, sob a perspectiva da legalidade e proporcionalidade da intervenção penal Estatal.

a) Estados Unidos

Tal como ocorre no sistema jurídico penal brasileiro, também não há previsão legal expressa e específica no ordenamento jurídico norte-americano a respeito da autolavagem. Assim, a punição pela prática do autobranqueamento é possível, mas fica a cargo da jurisprudência dos tribunais.

De modo semelhante ao entendimento consolidado nos tribunais superiores do Brasil, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana também exige como pressuposto da autolavagem a prova da intenção deliberada do agente de lavar dinheiro. Nesse sentido, adota-se a mesma lógica da exigência da intenção de lavar o dinheiro, por meio da prática de atos autônomos e subsequentes de ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes da infração penal antecedente.

O referido posicionamento foi acolhido pela Suprema Corte em dois *leading cases* julgados em 2008⁵², nos quais, embora os réus tenham sido absolvidos, definiu-se que o pressuposto para configuração do crime de branqueamento de capitais é a comprovação da finalidade do agente ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle dos rendimentos do dinheiro, em violação à lei federal sobre lavagem de dinheiro.

Em um desses *leading cases*, qual seja, *Regalado Cuellar v. United States*, o agente foi preso depois de uma busca no carro que dirigia pelo Texas em direção ao México, onde foi apreendido quase US\$ 81.000 (oitenta e um mil dólares) embrulhados em sacos plásticos e cobertos com pelos de animais em um compartimento secreto sob o piso traseiro. Diante desse contexto fático, o acusado foi condenado por tentativa de transportar fundos de um lugar nos Estados Unidos para um lugar fora dos Estados Unidos, sabendo que os valores eram produto de atividades ilegais.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos absolveu o acusado consignando que embora a legislação norte-americana sobre lavagem de capitais não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, a intenção de reinserção do dinheiro sujo na economia formal não pode ser satisfeita apenas pela prova de que os fundos foram escondidos durante o transporte. Assim sendo, apontou-se que o texto legal deixa claro que uma condenação exige prova de que o objetivo do transporte – e não apenas o seu efeito – era de ocultar ou disfarçar um dos atributos listados: a natureza, localização, origem, propriedade ou controle dos fundos.⁵³

⁵² Trata-se de dois *leading cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no mesmo dia e com fundamentação semelhante. *Regalado Cuellar v. United States*: nº 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008, e *United States v. Santos*: nº 06-1005, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/>. Acesso em: 10/06/2024.

⁵³ Por essa razão, como as evidências sugeriam que os aspectos secretos do transporte foram empregados para facilitá-lo, mas não necessariamente que o sigilo fosse o seu propósito, a Suprema Corte dos Estados

Verifica-se, portanto, que apesar da omissão na legislação norte-americana sobre o tema, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos admite a punição da autolavagem, desde que seja comprovado o dolo específico do autor da infração penal antecedente para o fim de lavar dinheiro através da prática de atos de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens e/ou valores pecuniários.

b) França

De acordo com o artigo 324-1 do Código Penal francês, a lavagem de capitais (*Blanchiment D'argent*) consiste no “ato de facilitar, por qualquer meio, a falsa justificação da origem dos bens ou rendimentos do autor de um crime ou contravenção, tendo-lhe proporcionado um lucro direto ou indireto”.⁵⁴

Como se pode perceber, da mesma forma que os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, a legislação francesa não prevê, nem exclui expressamente, a possibilidade de punição do autobranqueamento, motivo pelo qual, não restou outra alternativa, senão incumbir à jurisprudência da Corte de Cassação a missão de interpretar o dispositivo legal supramencionado.

Nesse contexto, a Corte de Cassação firmou entendimento no sentido da admissibilidade de punição da autolavagem de capitais praticada pelo agente responsável pelo cometimento da infração penal originária precedente, eis que o artigo 324-1 do Código Penal francês “é aplicável ao autor de lavagem do produto de um crime que ele próprio cometeu”.⁵⁵

Segundo o Tribunal Superior francês, tendo em vista que o referido dispositivo legal estabelece um crime “geral e autônomo” de branqueamento de capitais, “distinto”, nos seus elementos materiais e intencionais, do crime ou contravenção gerador de produto ilícito, pune-se a lavagem de dinheiro independentemente do seu autor, desde que seja comprovado no caso concreto a prática de “ações específicas de colocação, ocultação ou conversão” deste produto, não havendo que se falar em violação ao princípio *ne bis in idem*.⁵⁶

Unidos decidiu que “a disposição da lei sobre branqueamento de capitais ao abrigo da qual o peticionário foi condenado exige prova de que o transporte foi “concebido, no todo ou em parte, para ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a origem, a propriedade ou o controlo” dos fundos. §1956(a)(2)(B)(i). Embora este elemento não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, também não pode ser satisfeito apenas pela prova de que o réu ocultou os fundos durante o seu transporte. Neste caso, a única prova apresentada para provar este elemento mostrou que o peticionário realizou grandes esforços para ocultar os fundos a caminho do México e, portanto, a sua condenação não pode ser mantida”. De acordo com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento *Regalado Cuellar v. United States*: nº 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/550/>. Acesso em: 11/06/2024.

⁵⁴ O artigo 324-1 do Código Penal da França prevê o crime de lavagem de capitais nos seguintes termos: “Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l’origine des biens ou des revenus de l’auteur d’un crime ou d’un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 20/06/2024.

⁵⁵ De acordo com a Corte de Cassação da França, “l’art. 324-1 du Code pénal est applicable à l’auteur du blanchiment du produit d’une infraction qu’il a lui-même commise”. Acórdão da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, Recurso nº 07-82.977, julgado em 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 21/06/2024.

⁵⁶ Segundo a Corte de Cassação da França, “Attendu que l’article 324-1, alinéa 2, du code pénal, institue une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit et réprime, quel qu’en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit, de sorte que cette disposition est applicable à celui qui blanchit le produit d’une infraction qu’il a commise, sans porter atteinte au principe *Ne bis in idem*”. Acórdão

c) Portugal

Em Portugal, o crime de lavagem de capitais é previsto no artigo 368-A do Código Penal Português com o *nomen iuris* “branqueamento”. O dispositivo legal elenca uma série de crimes que podem ser considerados “infração penal antecedente” ao delito de lavagem de dinheiro.

O artigo 368-A já sofreu algumas alterações legislativas, sendo certo que atualmente a possibilidade de punição da autolavagem é permitida pela norma penal incriminadora, eis que o item nº 3 do dispositivo legal estabelece que “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos”.⁵⁷

Dessa maneira, a elementar contida no tipo penal de branqueamento “por si ou por terceiro” autoriza a imputação do crime de lavagem de dinheiro ao autor ou partícipe da infração penal antecedente, ou seja, o Código Penal de Portugal pune a autolavagem ou, nos moldes da terminologia utilizada pelo legislador português, o autobranqueamento.

Um detalhe relevante existente no Código Penal português é a previsão legal no item nº 12 do artigo 368-A sobre a imposição de um “teto máximo” de pena para o agente que praticou a lavagem de dinheiro, não podendo ser superior ao limite máximo da pena cominada à infração penal antecedente que deu origem às vantagens ilícitas branqueadas.⁵⁸

Ao que parece, diante do caráter acessório do delito de branqueamento, e tendo em vista a proporcionalidade da pena deste em relação ao crime precedente que produziu a vantagem ilícita, o legislador português entendeu ser razoável impor o referido limite máximo de pena ao agente responsável pela infração penal subsequente de lavagem de dinheiro.

d) Espanha

De forma similar ao ordenamento jurídico português, o Código Penal da Espanha preceitua em seu artigo 301, item nº 1, que “quem adquirir, possuir, utilizar, converter ou transmitir bens, sabendo que estes têm origem em atividade criminosa, cometida por si ou por terceiro, ou praticar qualquer outro ato para ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que participou da infração ou infrações a evitar as consequências jurídicas de seus atos, será punido com pena de prisão de seis meses a seis anos e multa de uma a três vezes o valor do imóvel”.⁵⁹

da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, Recurso nº 17-80.152, julgado em 17 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 22/06/2024.

⁵⁷ De acordo com o artigo 368-A do Código Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 06/05/2024.

⁵⁸ Nos termos do artigo 368-A, item nº 12, do código Penal português, “a pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 06/05/2024.

⁵⁹ De acordo com o artigo 301, item nº 1 do Código Penal espanhol: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes”. Disponível em: <https://www.boe.es/>. Acesso em: 2 de junho de 2024.

Conforme se verifica, o referido dispositivo legal trata do crime de lavagem de capitais (*blanqueo de capitales*) que pune qualquer pessoa, inclusive o autor da infração penal antecedente – através da elementar do tipo penal “por si ou por terceiro” – pela prática de ato com a finalidade de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens provenientes de atividade criminosa. Desse modo, o legislador espanhol também optou pela possibilidade de punição da autolavagem, já que o próprio dispositivo legal que prevê o delito de lavagem de capitais inclui na adequação típica imediata da conduta o autor da infração penal antecedente.

e) Alemanha

Inicialmente, o sistema jurídico penal alemão vedava a punição do autor do crime antecedente pela prática do delito de branqueamento de dinheiro. No entanto, em observância às diretrizes de prevenção e combate à lavagem de capitais estabelecidas nas convenções internacionais, a Alemanha aperfeiçoou a sua legislação penal inserindo no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) a possibilidade de punição da autolavagem.

Nesse sentido, ao dispor sobre o delito de lavagem de capitais (*Geldwäsche*) na seção §261 do StGB, o legislador alemão determinou expressamente em seu item nº 7 que o autor da infração penal antecedente poderá ser punido pela prática do crime de branqueamento de dinheiro, isto é, autolavagem, desde que haja a reinserção na economia dos bens e/ou valores, de forma a ocultar a sua origem ilícita.⁶⁰

Diante disso, pode-se afirmar que o critério adotado pelo legislador alemão para possibilitar a punição pelo cometimento do crime de autolavagem se compatibiliza com o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros no sentido de viabilizar a punição do autobranqueamento, desde que comprovada a prática de atos de ocultação e/ou dissimulação autônomos e subsequentes à prática da infração penal antecedente com o fim de mascaramento da origem ilícita dos bens e/ou valores provenientes de atividade criminosa.

6) A legalidade e a proporcionalidade da intervenção penal Estatal como solução do problema da criminalização da autolavagem de capitais na Itália

Deixamos por último a análise do sistema jurídico penal italiano, não somente por conta do detalhamento específico a respeito da criminalização autônoma do delito de autolavagem (*autoriciclaggio*), como também, em razão de ser em nosso entendimento, a solução adotada mais adequada sobre o tema do autobranqueamento de capitais, sob a ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal Estatal.

Nos últimos anos, ocorreram alterações significativas na legislação italiana relativa à prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Na realidade, após intensa divergência doutrinária e jurisprudencial, o legislador italiano se convenceu da necessidade de introduzir o crime autônomo de autobranqueamento no sistema jurídico italiano. A introdução do novo delito atendeu às diretrizes estabelecidas tanto nas Convenções internacionais, quanto nas recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI).

⁶⁰ Nos moldes da seção 261 (§261), item nº 7 do Código Penal da Alemanha (StGB), que dispõe sobre o crime de lavagem de capitais (*Geldwäsche*), “*Wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, wird nach den Absätzen 1 bis 6 nur dann bestraft, wenn er den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert*”. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 24/06/2024

O GAFI é o único Órgão que se ocupa, de forma exclusiva e especializada, do desenvolvimento de uma estratégia de combate ao branqueamento de capitais a nível internacional. É um Órgão intergovernamental criado em 1989 que tem por finalidade a promoção de estratégias de combate ao branqueamento de capitais proveniente de origem ilícita e ao financiamento do terrorismo.

A ação desse organismo internacional é realizada por meio de “recomendações”⁶¹ que definem as medidas que os países devem adotar para combater eficazmente a lavagem de capitais e o financiamento ao terrorismo. Inclusive, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e o Conselho de Segurança da ONU já reconheceram oficialmente tais recomendações como padrões internacionais a serem seguidos.

Nesse sentido, cerca de 150 países em todo o Mundo, inclusive a Itália, se comprometeram a respeitar e observar as recomendações do GAFI, que apesar de não serem vinculativas do ponto de vista jurídico (*Soft Law*), acabaram por se estabelecer como uma espécie de *standard* internacional no âmbito da lavagem de capitais.

Em busca desse propósito, qual seja, o de aumentar a eficácia da prevenção e repressão ao crime organizado e, conseqüentemente, do branqueamento de capitais proveniente de suas atividades ilícitas, o legislador italiano, visando adequar o seu sistema jurídico penal às diretrizes estabelecidas pelo GAFI, alterou o Código Penal da Itália⁶², inserindo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, que normatizou expressamente a modalidade específica de lavagem de capitais conhecida como “autolavagem” ou “autobranqueamento”⁶³, que pune com prisão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa de 5.000 (cinco mil) a 25.000 (vinte e cinco mil) euros, “quem, tendo cometido ou contribuído para a prática de um crime, empregar, substituir, transferir, em atividades econômicas, financeiras, empresariais ou especulativas, o dinheiro, bens ou outros benefícios decorrentes da prática deste crime, de modo a dificultar concretamente a identificação da sua origem criminoso”.⁶⁴

Portanto, o legislador italiano, com a introdução do referido artigo 648-ter.1, parágrafo 1º no Código Penal, tipificou expressamente uma nova modalidade de crime de lavagem de dinheiro, qual seja, a autolavagem (*autoriciclaggio*), de forma autônoma aos demais casos de branqueamento e utilização de capitais ilícitos previstos nos artigos 648-bis e 648-ter do Código Penal, relativas às condutas praticadas por sujeitos que não cometeram, nem contribuíram para a prática do crime antecedente, sendo estes últimos punidos com maior

⁶¹ Tais recomendações podem ser consultadas no site <https://www.fatf-gafi.org>.

⁶² Nos termos das alterações do Código Penal italiano que foram realizadas pela Lei nº 186, de 15 de dezembro de 2014 e Decreto Legislativo nº 195, de 8 de novembro de 2021.

⁶³ Para fins de esclarecimento prático sobre a configuração do crime de autolavagem, menciona-se o acórdão da Segunda Seção Criminal do Tribunal de Cassação da Itália, de 13 de julho de 2022, que declarou que a conduta do autor do crime presumido de fraude, que utiliza os valores que lhe são creditados pela vítima, transferindo-os online para uma conta registrada em nome do autor do crime antecedente, com o objetivo de troca dos valores auferidos ilícitamente em bitcoins, constitui crime de autolavagem nos termos do artigo 648-ter do Código Penal italiano.

⁶⁴ Segundo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, do Código Penal italiano, “*Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

severidade, ou seja, 4 (quatro) a 12 (doze) anos de prisão e multa que varia entre 5.000 (cinco mil) a 25.000 (vinte e cinco mil) euros.⁶⁵

Dessa maneira, enquanto a modalidade comum do crime de lavagem de capitais é punida com pena de prisão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos e multa entre 5.000 (cinco mil) e 25.000 (vinte e cinco mil) euros, o autobranqueamento (*autoriciclaggio*) é sancionado com penas menos severas, a depender da gravidade do crime antecedente.

Essa “gravidade” do crime é mensurada de acordo com a quantidade de pena em abstrato cominada para o delito antecedente. Assim, se o crime antecedente for punido com pena cominada máxima de prisão inferior a cinco anos, a pena por autobranqueamento é reduzida para 2 (dois) a 8 (oito) anos de prisão, juntamente com a multa, que passa a ser de 2.500 (dois mil e quinhentos) a 12.500 (doze mil e quinhentos) euros.⁶⁶

Já o artigo 648-ter.1, parágrafo 2º, do Código Penal italiano prevê modalidade privilegiada do crime de autolavagem dispondo que a pena é de prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de 2.500 (dois mil e quinhentos) a 12.500 (doze mil e quinhentos) euros, quando o fato criminoso envolver dinheiro ou coisas resultantes de infração penal punida com pena de prisão máxima de 1 (um) ano ou mínima de 6 (seis) meses.⁶⁷

Há ainda, no artigo 648-ter, parágrafo 3º, do Código Penal italiano previsão legal de causa de diminuição de pena do crime de autobranqueamento quando o fato delituoso envolver dinheiro, bens ou outros benefícios que provierem de crime antecedente cuja pena de prisão seja inferior a cinco anos, no máximo.⁶⁸

Constata-se de forma clara e cristalina, que a lógica relativa à diferenciação no regime sancionatório da autolavagem no sistema jurídico italiano encontra a sua razão de ser na circunstância de a pena por autobranqueamento ser cumulativa com a prevista para o crime antecedente ou, em outras palavras, em virtude da incidência do concurso material de crimes, com o inevitável afastamento do princípio da consunção.

Justamente por essa razão, que a redação dos artigos 648-bis (lavagem de capitais) e 648-ter.1 (autolavagem) do Código Penal italiano estipulam penas diversas, de modo a prestigiar a legalidade e, ao mesmo tempo, a proporcionalidade do grau de intervenção penal Estatal, em virtude da existência de um liame tênue entre a prática do crime antecedente e a lavagem de capitais, quando o autor de ambos os delitos é o mesmo agente.

⁶⁵ A modalidade comum do crime de lavagem de capitais, que é o ilícito penal de branqueamento praticado por pessoas que não cometeram e nem contribuíram para o cometimento do delito antecedente, encontra-se prevista no artigo 648-bis do Código Penal italiano da seguinte forma: “*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 a euro 25.000*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁶ De acordo com o artigo 648-ter 1, parágrafo 2º do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁷ Nos moldes do artigo 648-ter 1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁸ Nos moldes do artigo 648-ter 1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

A nosso sentir, a escolha do legislador italiano no tocante à distinção das penas relativas à lavagem e utilização de capitais ilícitos (artigos 648-bis e 648-ter) e a autolavagem (artigo 648-ter.1) foi extremamente louvável, uma vez que a pena prevista para o crime principal precedente já possui em si mesma uma carga de punição pelo cometimento do delito subsequente de branqueamento, que em alguns casos, como por exemplo de “mero uso ou gozo pessoal” da vantagem ilícita, pode ser englobada pelo princípio da consunção por ser considerado um mero exaurimento do crime antecedente (pós-fato impunível).

Contudo, pensamos ser o modelo italiano a ideia mais razoável para solucionar a celeuma jurídica sobre a possibilidade de punição da autolavagem, até porque, por conta da reconhecida autonomia inerente ao crime de lavagem de dinheiro, torna-se imprescindível punir o agente que praticou o delito antecedente, por este, e também pela prática subsequente de atos de branqueamento de capitais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar dispositivo legal relativo à adequação típica da conduta do agente ao tipo penal de autolavagem, que está positivada no artigo 648-ter.1, parágrafo 5º do Código Penal italiano, e exclui a configuração do delito de autobranqueamento para condutas cujo dinheiro, bens ou outros benefícios ilícitos se destinem ao “mero uso ou gozo pessoal”.⁶⁹

Com isso, seria respeitado o princípio *ne bis in idem*, em virtude do qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime, sendo certo que nessa hipótese, o “mero uso ou gozo pessoal” das vantagens auferidas ilicitamente seria considerado mero exaurimento do crime antecedente, constituindo-se em uma continuação natural deste e, conseqüentemente, trata-se de pós-fato impunível.

No entanto, cabe ressaltar que parcela da doutrina italiana critica o teor do referido dispositivo legal, eis que o comportamento de fruição ou utilização do produto do crime antecedente pode se constituir não somente na verdadeira essência da reciclagem de capitais, como também, pode se enquadrar na atividade de substituição ou transferência a que o legislador italiano se refere. Destarte, de acordo com essa perspectiva, o risco é o de se ter adotado no Código Penal italiano uma previsão legal expressa sobre um tema de difícil interpretação para os operadores do Direito, principalmente para os magistrados que julgarão o autolavador.⁷⁰

7) Considerações Finais

Após transcorrermos *en passant* por variados sistemas jurídicos penais da atualidade, restou comprovado de forma clara e cristalina que a tendência contemporânea global tem se inclinado no sentido da possibilidade de punição da autolavagem como um delito autônomo em relação à infração penal antecedente, quando ambas as normas incriminadoras são violadas pelo mesmo agente.

⁶⁹ Nos termos do artigo 648-ter.1, parágrafo 5º, do Código Penal italiano, “*Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁷⁰ Segundo Razzante, as fronteiras interpretativas entre os conceitos de “mero uso” ou “gozo pessoal” não punível - e “uso em atividades econômicas e especulativas” - punível - são opacas. Na verdade, mesmo que o autor de um crime antecedente decida, por exemplo, utilizar o produto para a compra de bens imóveis, talvez registrando-os em nome de terceiros, seria difícil excluir *tout court* o potencial de branqueamento. RAZZANTE, Ranieri. *Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023, p. 14

Como ressaltado ao longo do presente estudo, o Brasil ratificou 3 (três) Convenções internacionais (Viena, Palermo e Mérida), que têm por finalidade a prevenção e o combate à lavagem de capitais oriunda da ocultação e/ou dissimulação da origem ilícita do produto auferido com a prática de atividades criminosas.

Nesse contexto, pontuamos que as diretrizes estabelecidas nos mencionados Pactos internacionais, além das recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI) permitem a punição da autolavagem, salvo se o país signatário adotar exceção expressa em seu ordenamento jurídico doméstico, o que até a presente data não aconteceu na legislação brasileira.

Consequentemente, diante da omissão da Lei nº 9.613/98, conclui-se intuitivamente que a autolavagem é punível por ser um crime autônomo, isto é, totalmente independente da infração penal originária precedente. Apesar do silêncio do legislador pátrio, os Tribunais Superiores chancelam a possibilidade de ocorrência de concurso de crimes entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de capitais, não havendo que se falar em afronta ao princípio *ne bis in idem*.

Registramos, contudo, que o princípio da legalidade vigora no Brasil desde a Constituição do Império em 1824⁷¹, sendo certo que a sua incidência adquire maior proeminência ainda, quando o tema é afeto ao ramo jurídico do Direito Penal. Nesse caso, pensamos ser recomendável que os posicionamentos consolidados pela jurisprudência pátria, no que tange a possibilidade de punição da autolavagem de capitais, sejam observados pelo legislador brasileiro, por meio da criminalização autônoma do delito de autolavagem, como uma modalidade específica do tipo penal de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

A partir da análise até aqui realizada, no tocante aos sistemas jurídicos penais contemporâneos, constatou-se que países como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália vêm prestigiando o princípio da legalidade ao ressalvar expressamente em suas respectivas legislações internas à possibilidade de punição da autolavagem, seja por intermédio da inserção da elementar “por si ou por terceiro” no próprio tipo penal de lavagem de dinheiro, seja pela criação legislativa de uma nova modalidade de branqueamento de capitais, que é a autolavagem, a exemplo do crime de *autoriciclaggio*, previsto no artigo 648-ter.1 do Código Penal italiano.

Seguindo essa linha de raciocínio, sugere-se a adoção do modelo italiano pelo legislador pátrio. A necessidade e conveniência da implementação concreta da tipificação expressa do delito de autolavagem na Lei nº 9.613/98 origina-se na observância irrestrita dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não apenas sob o viés do princípio da legalidade, como também quanto à proporcionalidade dos limites da intervenção penal Estatal.

Quando falamos em proporcionalidade dos limites da intervenção penal Estatal, temos o objetivo de louvar a iniciativa italiana, pois ao criminalizar de maneira autônoma o delito de *autoriciclaggio*, tendo em vista o intenso embate jurídico que girava em torno da possibilidade de punição do autobranqueamento de capitais, foi a nosso ver, extremamente sensato, ao diferenciar as penas mínimas e máximas cominadas para lavagem de dinheiro e

⁷¹ Nos moldes do artigo 179, inciso I, da Constituição do Império (1824), que ao dispor sobre as garantias asseguradas aos cidadãos brasileiros, preceituava que “*Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei*”. Redação original do dispositivo constitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 03/06/2024.

autolavagem, normatizando especificamente a nova modalidade de crime, inclusive, com hipóteses já acolhidas pela jurisprudência consolidada sobre o tema.

Enfim, em pleno século XXI, quando na Era da Tecnologia, os integrantes das organizações criminosas podem realizar operações financeiras de expressivas quantias auferidas ilicitamente com “somente um clique”, fica aqui a contribuição para o aperfeiçoamento constante e progressivo da legislação brasileira relativa à lavagem de capitais, nos moldes dos sistemas jurídicos penais de países mais avançados do que o Brasil, notadamente no que diz respeito à temática da criminalização autônoma da autolavagem.

Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212*, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edição. Navarra: Aranzandi, 2015.

BROETO, Filipe Maia. Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira. In: *Revista de Direito Penal Económico e Compliance*, volume 9, ano 3, janeiro/março, p. 117-149, 2022.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p. 476-477. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/97052>.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Flavio Antonio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. In: *Revista Jurídica Delictae*, Volume 3, nº 4, Janeiro/Junho, 2018, p. 193-253.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, volume 18, nº 74, p. 7-49, 2019.

_____; _____. Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales. In *Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07, 2021, p. 203-227. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. *Money Laundering in Brazil and in the United States*. 2007. p. 8. Disponível em: <<https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018.

PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAZZANTE, Ranieri. *Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023.

RENART GARCÍA, Felipe. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 50, 2º trimestre, 1998, p. 119-165.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

A invalidação dos contratos administrativos: a perspectiva da LINDB absorvida pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Do princípio da legalidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB e o princípio da segurança jurídica. 4. O alcance do princípio da motivação consolidado no Art. 20 da LINDB. 5. A ponderação principiológica a partir dos artigos 20 e 21 da LINDB e sua extensão. 5.1. A redução da vinculação legal frente à normatividade dos princípios. 5.2. A teoria tradicional da invalidação sujeita a um novo olhar. 6. Os impactos da LINDB nos processos invalidatórios das contratações públicas: o novo olhar conferido pelo art. 147 da Lei nº 14.133/2021. 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo abordar a teoria da nulidade dos contratos administrativos a partir da perspectiva consequencialista, absorvida explicitamente pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Nesse contexto, avalia-se se os resultados do ajuste são benéficos ou prejudiciais para justificar a sua invalidação, levando-se em consideração o impacto real da decisão adotada no interesse público, distanciando-se de questões apenas formais.

Abstract

The presente article aims to adress the theory of nullity of administrative contracts from a consequentialist perspective, explicitly absorbed by Law nº 14.133/2021. In this context, it evaluates whether the outcomes of the agreement are beneficial or detrimental to justify its invalidation, considering the impacto f the decision made on the public interest, Moving away from merely formal issues.

Palavras-chave: Nulidade. Contrato Administrativo. Legalidade. Ponderação Principiológica. Consequencialismo. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Keywords: Nullity. Administrative Contract. Legality. Principled Weighing. Consequentialism. Law of Biddings and Administrative Contracts.

1. Introdução

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II e art. 37, *caput*, da Constituição Federal. No primeiro caso, expressa o direito de liberdade do indivíduo, que não poderá

* Doutora em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça do Estado da Bahia. Professora Assistente da UFBA.

ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No segundo, constitui um dever imposto à Administração Pública.

A ampliação da área de atuação do Estado, gerando uma inflação legislativa significativa, gerou dificuldades, até mesmo aos especialistas, de conhecê-la na sua integralidade. Além disso, muitas normas legais, em face de sua complexidade, tornam-se pouco inteligíveis. Esses fatores acabam por distanciar a lei dos seus destinatários.

Tal situação, associada à presunção de legitimidade dos atos administrativos, leva à necessidade imperiosa de observância do princípio da segurança jurídica e de seus corolários – princípio da confiança legítima e boa-fé objetiva – caso se pretenda alcançar um ideal de justiça.

Reconhece-se o valor da segurança jurídica sobrepondo-o à legalidade da Administração Pública, em situações que devem ser explicitamente delimitadas. No Direito brasileiro, a Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal) determina, no seu art. 54, que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

A questão em torno da nulidade dos atos administrativos adquire contornos complicadores quando não atingido o lapso prazal ou quando observa-se a presença da má-fé, em atos que já tenham produzidos efeitos e cuja desconstituição possa comprometer outros princípios administrativos, tais como o da economicidade, eficiência e proteção à saúde.

Saliente-se também o incremento de regras sobre controle da administração pública que tem provocado o aumento de incertezas e imprevisibilidade das medidas adotadas.

Todos esses fatores devem ser considerados quando da responsabilização dos agentes públicos, em virtude de sua atuação administrativa em desconformidade com a lei. Ou seja, a complexidade que envolve a adoção de medidas administrativas deverá ser ponderada quando da aplicação de sanções a tais agentes.

Neste cenário, para garantir a segurança jurídica na gestão pública e nas relações jurídicas que envolvem poderes públicos e pessoas privadas, foram introduzidos 10 (dez) artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB), pela Lei nº 13.655/2018. Os termos da LINDB alcançam todos os agentes públicos, abrangendo as esferas administrativa, controladora e judicial e sendo por muitos apontados como caminho para o verdadeiro Estado Democrático do Direito.

Dentre os artigos introduzidos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, interessam neste trabalho os artigos 20 e 21 e suas repercussões principiológicas. Busca-se debater o limite da legalidade no sentido estrito frente aos demais princípios administrativos em prestígio a outros valores.

Ao se abordar o controle da administração pública no ordenamento jurídico brasileiro, são comuns os discursos que apontam uma ingerência indevida dos órgãos de controle externo na gestão administrativa, com a substituição do administrador público pelo controlador. Afirma-se que as decisões administrativas, muitas vezes, são sobrestadas pelos órgãos de controle, atemorizando-se os gestores públicos que, mesmo atuando no limite da legalidade, temem exercer a discricionariedade, legalmente conferida.

Fala-se então no “apagão das canetas”. Ninguém decide mais nada, com receio de ser responsabilizado. Os gestores públicos deixam de apresentar soluções inovadoras temendo

a investida dos controles externos formais e imotivados, o que provocaria a infantilização da Administração Pública

Revela-se, então, a necessidade de maior segurança jurídica na atuação da administração pública, garantindo-se a estabilidade dos atos administrativos, conferindo-lhes perenidade, atentando-se à proporcionalidade.

Nesse contexto, a Lei nº 14.133/2021 permite, no seu art. 147, a manutenção de contratos com a presença de vícios considerados “insanáveis” pela tradicional doutrina administrativista, desde que se revele medida de interesse público, a partir da avaliação de aspectos constantes dos incisos do referido artigo.

Tal dispositivo legal pretende conferir estabilidade à execução dos contratos administrativos, que, embora muitas vezes possam estar contaminados com vícios insanáveis na sua constituição, não apresentam problemas no cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, revelando a sua desconstituição mais danosa ao interesse público.

Considere-se que muitas vezes a interrupção da execução contratual causa impactos negativos econômicos e sociais decorrentes não só do atraso da entrega do objeto, como também da mobilização para formalização de novo ajuste, muitas vezes com custos mais elevados.

2. Do princípio da legalidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro

A Administração Pública é criação abstrata do direito e não uma emanção pessoal de um soberano. Atua, desta forma, submetida à legalidade objetiva que se sobrepõe à administração¹. Trata-se, em verdade, da “pedra de toque” do Estado de Direito, onde se quer “o governo das leis e não o governo dos homens”².

Cumprir recordar que o Estado de Direito tem por escopo proteger a sociedade das intemperanças do Poder Público, determinando que seus exercentes somente possam atuar em conformidade com um quadro normativo geral e abstrato, antecipadamente estabelecido³. Assim, o princípio da legalidade é fruto da submissão do Estado à lei.

Segundo Seabra Fagundes “todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”⁴, concluindo que “qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito da permissão da lei, será injurídica”⁵. Desta forma, a atuação administrativa se apresenta como o exercício de um poder previamente atribuído pela lei e por ela delimitado⁶.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 434.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discrecionalidade – Seus Limites e Controle. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 755, 1988. p. 42.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Controle Judicial dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 152, 1989. p. 2.

⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 113.

⁵ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 113.

⁶ Com efeito, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça que “O agente público está adstrito ao princípio da legalidade, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração” (STJ, T2, AGRMC 4193/SP, 2001/0116624-0, Rel. Min. Laurita Vaz, em 22.10.2001, DJ de 04.02.2002. p. 317).

Norberto Bobbio⁷, ao abordar a *legalidade*, na visão de Emanuel Kant, afirma que o pensamento kantiano é no sentido de considerar a legalidade como o puro acordo de uma ação com relação à lei, sem levar em conta as inclinações ou interesses que a determinaram. Seria na expressão de Juarez Freitas “um legalismo primitivo e descompromissado”⁸. Na visão de Kant, qualquer resistência à lei deveria considerar-se como contrária ao caráter supremo da vontade do legislador, traduzindo uma via de destruição da própria Constituição⁹.

Paulo Otero, manifestando-se quanto ao princípio da legalidade administrativa, aduz que na Europa Ocidental tal princípio não mais reflete o protagonismo do Poder Legislativo. Em verdade, segundo o autor, o que se verifica hoje é a crescente supremacia, de fato e de direito, do Poder Executivo, convertendo a clássica “soberania parlamentar” numa moderna “soberania governamental”. Assim, o princípio da legalidade administrativa se transforma cada vez mais numa manifestação de vontade política do Poder Executivo. Acrescenta o autor que:

[a] circunstância de um número considerável de sistemas parlamentares originarem executivos que se fundam numa maioria parlamentar permite afirmar que o poder legislativo e a instituição parlamentar não representam hoje qualquer limite ao executivo, antes se verifica o total controle decisório da vontade política do parlamento pelo partido ou pela coligação majoritária que sustenta o governo, sabendo-se que essa maioria, sendo homogênea e fiel, obedece ao chefe do governo e, neste sentido, é o executivo que politicamente limita o parlamento e não este aquele.¹⁰

Considere-se também o aumento de tarefas confiadas ao Estado, exigindo a constante satisfação de novas necessidades coletivas de forma rápida e especializada, levando-se à incapacidade de atendimento pelo Poder Legislativo, com a crescente valorização do papel da função administrativa. Em consequência, acentua-se a atuação da Administração Pública através de instrumentos que se encontram em adequação à lei, gerando uma descrença na capacidade diretiva das normas legais.

É inegável que a tendência do atual Estado Democrático de Direito é acatar a legalidade numa dimensão muito mais ampla que a mera subordinação à lei, considerada no sentido estrito.

Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández¹¹ afirmam que o conceito de legalidade não se refere a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico considerado como um todo. Com efeito, a legalidade seria o acatamento pleno e concomitante

⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Revisão Técnica: Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora UnB, 1999. p. 55.

⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 144.

¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 435.

à lei e ao Direito no seu sentido amplo,¹² considerando, neste ponto, comentário de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, segundo o qual “a lei será apenas uma forma de expressão. O direito revela uma situação de vida”¹³.

Em virtude desta reconhecida amplitude conferida ao princípio da legalidade, muitos autores preferem chamá-lo de “princípio da juridicidade”, reservando a expressão “princípio da legalidade” para a referência à lei considerada no seu sentido estrito.¹⁴

A esse entendimento ampliativo da legalidade administrativa, junte-se a textura normativa acentuada por termos técnicos, conceitos jurídicos indeterminados e dispositivos programáticos, multiplicando as normas com tipologias abertas e, consequentemente, ampliando a discricionariedade.¹⁵

Afirma-se que a discricionariedade administrativa é decorrente da impossibilidade de o legislador prever, em todos os casos, qual a melhor conduta a ser adotada no âmbito da Administração Pública. Não significa a irrestrita concessão de poderes normativos à Administração, que deverá sempre, ainda que no exercício de competência discricionária, atentar aos limites impostos pela norma. Mas, tais limites são estabelecidos com clareza? São de fácil identificação?

Sérgio Ferraz e Adilson Dalari informam que se partindo do princípio da legalidade no sentido amplo, caso demonstrado que a solução adotada não é a que melhor atende ao interesse público, “é fatal concluir que houve ilegalidade, violação da vontade da lei”,¹⁶ ou seja, “o administrador público está sempre sujeito ao Direito e o Direito jamais está sujeito ao administrador público, nem mesmo quando este atua discricionariamente”.¹⁷

Ao certo que a simples alegação de violação ao “interesse público”, à “eficiência” ou a qualquer outro valor abstrato contido em princípio, não satisfaz o dever de motivação, necessitando-se de argumentação que revele a efetiva violação principiológica.

Não se pode descartar o risco de afronta ao Estado de Direito, a substituição da vontade da lei pela vontade do gestor público, guiada por valores construídos a partir da ideologia adotada, que pode gerar um ambiente de insegurança jurídica.

3. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB e o princípio da segurança jurídica

A necessidade do homem de segurança para conduzir e programar sua vida contribuiu para se considerar o princípio da segurança jurídica como elemento constitutivo do Estado de Direito.

¹² FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 61.

¹³ 14 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. São Paulo: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1966. p. 22.

¹⁴ Cármen Lúcia Antunes ROCHA ao abordar o tema com maestria, utiliza-se, também, desta variação terminológica. Segundo a autora “a preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele” (Cf. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 69).

¹⁵ FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

¹⁶ FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 56.

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 120.

Segundo Jesus González Pérez,¹⁸ o princípio da segurança jurídica implica que o legislador deve perseguir a clareza e não a confusão normativa, deve evitar que a matéria sobre a qual legisla, destinada aos operadores jurídicos e aos cidadãos, provoque situações objetivamente confusas. Os atos normativos devem traduzir termos linguísticos claros, compreensíveis e não contraditórios. Espera-se que a todos seja garantido o conhecimento antecipado das consequências de suas eventuais ações ou omissões.

Canotilho¹⁹ aponta duas ideias nucleares da segurança jurídica. Uma, reconduz-se à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, dos efeitos jurídicos dos atos normativos. Outra, a impossibilidade de modificação arbitrária das decisões dos poderes públicos adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, salvo a ocorrência de pressupostos materiais particularmente relevantes.

No que concerne aos atos jurisdicionais, a segurança jurídica aponta para a coisa julgada, ou seja, estabilidade definitiva das decisões judiciais, consubstanciada no princípio da intangibilidade da coisa julgada, constante do art. 5, ° XXXVI, da Constituição Federal. Aliás, referido dispositivo constitucional ainda consolida o instituto do direito adquirido, também corolário do princípio da segurança jurídica.

Outros institutos, como a decadência, prescrição e a usucapião, também se destinam a conferir estabilidade às relações jurídicas pelo decurso do tempo, implementando a segurança jurídica. Tem-se, ainda, a imposição de normas de transição em caso de modificação de estatutos jurídicos.

Relativamente aos atos administrativos, aponta-se para a ideia da sua tendencial imutabilidade em virtude do princípio da segurança jurídica.²⁰ Ao certo que a evolução científica e tecnológica requer alterações das situações fáticas que podem exigir a modificação da atuação administrativa, o que deve ocorrer de forma articulada com a salvaguarda do princípio em análise. Não se deve desprezar que a confiabilidade nos atos e decisões públicas requer do Poder Público a promoção de firmeza nas relações jurídicas.

Opções legítimas, realizadas em face do direito posto, processado, executado, cumprido e aplicado, não podem ser futuramente tidas como ilícitas, ou serem desfeitas, sem que a segurança dos cidadãos seja comprometida, criando-se um ambiente de risco, sujeição e dependência.²¹

O princípio da segurança jurídica objetiva subtrair as atividades públicas das áreas do arbítrio, submetidas a modificações abruptas e irrefletidas, com graves consequências aos interesses individuais e coletivos. Uma importante expressão de tal princípio é a “teoria das autolimitações administrativas” que se constitui em um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam assegurar a coerência e a igualdade no tratamento dado pela administração aos cidadãos.²²

Aponta-se como corolário do princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima, considerado pelo Tribunal Constitucional Alemão a face subjetiva daquele princípio,

¹⁸ PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1999. p. 52.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 262.

²¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 92, abr./jun. 1996. p. 191.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 66.

ou seja, a segurança jurídica vista do lado do particular.²³ Assim, enquanto a segurança jurídica surge como um valor genérico que pode ser invocado tanto pelo Estado como pelo particular ou administrado, a confiança legítima se situa na pessoa do particular, protegendo-o frente ao dano que lhe pode ocasionar a atuação estatal.

O princípio da confiança legítima pressupõe atos da Administração Pública que provocam no interessado a confiança que ele atua corretamente e que suas expectativas são razoáveis.²⁴

Segundo Pedro José Jorge Coviello,²⁵ tal princípio busca atenuar as consequências mecânicas da aplicação do princípio da legalidade. Não seria simplesmente afastar a legalidade em virtude da proteção a quem atuou, embora de boa-fé, de forma negligente diante das autoridades públicas, nem tampouco de premiar o comportamento irresponsável das autoridades.

O princípio da confiança legítima visa considerar as mudanças de comportamentos administrativos abruptas, invalidações de atos administrativos que alteram drasticamente situações jurídicas vigentes durante longos períodos. Ampara quem, de boa-fé, acreditou na validade dos atos, comportamento, declarações ou informes da Administração Pública.

Apontou-se como uma das finalidades do PL nº 7.448/2017, que deu origem à Lei nº 13.655/18, a redução da incerteza e imprevisibilidade na aplicação das leis pelo Poder Público, submetendo-a a novas balizas interpretativas, processuais e de controle a serem seguidas.

Floriano de Azevedo aduz que a Lei nº 13.655/18 veio reforçar a aplicação da segurança jurídica no âmbito do Direito Público nos seus três vetores. Segundo o autor:

A segurança jurídica tem uma vertente da estabilidade, na medida em que dá perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver câmbios nas normas ou no entendimento que se faz delas. Tem um vetor de previsibilidade, protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas. E, por fim, tem um vetor de proporcionalidade (e de ponderabilidade), na medida em que a aplicação do Direito não pode nem ser irracional, nem desproporcional.²⁶

Nessa perspectiva, dispõe o art. 23, da LINDB que:

A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para

²³ COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de La Confianza del Administrado*. Buenos Aires: Abelodo-Perrot, 2004. p. 37.

²⁴ PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1999. p. 55.

²⁵ COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de La Confianza del Administrado*. Buenos Aires: Abelodo-Perrot, 2004. p.397.

²⁶ MARQUES NETO, Florian de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Forum, 2020, posição 212. E-book Kindle.

que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

É exatamente com o propósito de salvaguardar a segurança jurídica das relações entabuladas sob a égide da interpretação superada, que se aplica a mesma lógica da *vacatio legis*, também presente entre os regulamentos, nas decisões que estabeleçam novas interpretações ou orientações que atinjam direitos ou criem condicionamentos simplesmente porque têm estrutura normativa.

4. O alcance do princípio da motivação consolidado no Art. 20 da LINDB

Conforme se afirmou anteriormente, não se pode pretender invalidar ato administrativo sem que se apresente argumentação desprovida de abstração e estabelecida a partir da realidade.

Nesse sentido, o *caput* do art. 20, da LINDB, estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O parágrafo único, por sua vez, aduz que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Fala-se que a *ratio* do dispositivo é interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas decisões, evitando-se que sejam adotadas com base em indeterminações principiológicas. Ou seja, reforça-se o princípio da motivação.

Apesar de diversos comentários ao referido dispositivo concentrarem-se nos conteúdos das decisões proferidas pelos órgãos de controle externos,²⁷ ao certo que possui elevado impacto no controle interno, decorrente do poder de autotutela da Administração Pública.

Assim, da mesma forma que é censurável decisão do Tribunal de Contas da União que questiona a “quebra da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa” em processo licitatório, também é criticável a revogação de licitação fundamentada no “prejuízo ao interesse público”. Decisões dessa natureza, pautadas em princípios de conteúdos abertos, violam a motivação e afetam, via de consequência, a segurança jurídica.

Mas, há inovação trazida neste dispositivo? Modula-se o princípio da motivação de forma diversa à já adotada no ordenamento jurídico brasileiro?

Partindo-se do sentido ontológico, motivo é o que move, é toda a causa de natureza mental que produz ou tende a produzir uma ação voluntária.²⁸ Caio Tácito aduz que “a autoridade competente não atua no vácuo; ela se movimenta em função de aspectos de fato ou de direito que determinam a sua iniciativa”²⁹.

²⁷ Vide os comentários ao referido dispositivo realizados por Floriano de Azevedo e Rafael Veras (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, posição 604. E-book Kindle.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 40.

²⁹ TÁCITO, Caio. A Administração e o Controle da Legalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 37, jul./set./1958. p. 1.

Vive-se, pelo menos formalmente,³⁰ em um Estado Democrático do Direito, onde impera a vontade da lei, legitimada pela soberania popular, inexistindo margem para poderes pessoais. Não há mais súditos como ocorria no Estado de Polícia, e sim cidadãos que, segundo ponderação de Geraldo Ataliba,³¹ possuem a consciência cívica da titularidade da *res publica* e convicção da igualdade fundamental de todos, estando, o Estado brasileiro, estruturado na base da ideia de que o governo se sujeita à lei que emana do órgão de representação popular.

O Poder Público não possui interesses próprios, senão os interesses coletivos aos quais está institucionalmente obrigada a servir,³² devendo motivar todos os seus atos para que se possa sindicá-los, sopesar ou aferir aquilo que foi decidido.³³

De acordo com Carlos Ari Sundfeld, “a motivação é o ato da administração que, como requisito procedimental necessário à validade de qualquer ato administrativo, serve à revelação dos pressupostos de fato ou de direito que autorizaram ou exigiram a atuação administrativa”.³⁴

Com efeito, como bem já afirmaram Celso Antônio³⁵ e Cretella Júnior,³⁶ é preciso que a motivação seja clara, quer dizer, que os motivos sejam expostos de maneira precisa, concreta, e não de maneira vaga. A utilização de expressões genéricas na motivação, como, “altos fins”, “considerável interesse”, “elevado padrão”, devem ser utilizadas com cuidado para que não configurem “mera logomaquia”, como lembra Cretella Júnior.³⁷

A motivação possibilita o controle geral, externo e difuso pela coletividade, decorrente do princípio democrático que proclama uma maior participação popular na busca de um Estado transparente e mais próximo do cidadão.³⁸

O princípio da motivação pode ser colhido no texto constitucional a partir da leitura do art. 93, X, que estabelece a obrigação do Judiciário de motivar as suas decisões administrativas. Conforme observa Lúcia Valle Figueiredo,³⁹ se o judiciário, ao exercer função administrativa, que lhe é atípica, está obrigado a motivar os seus atos, com maior razão deve impor-se ao administrador o dever de motivar a sua atuação.

³⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO, em oportuno artigo, refere-se aos Estados formalmente democráticos que, apesar de acolherem em suas Constituições modelos institucionais, adotados por países política, econômica e socialmente mais evoluídos, teoricamente aptos a desembocarem em resultados consoantes com os valores democráticos, neles não aportam. Acrescenta o administrativista que “conquanto seus governantes sejam investidos em decorrência de eleições, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários; consagrem uma distinção, quanto menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial. Acolham, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, nem por isto, seu arcabouço institucional consegue ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distinto da realidade efetiva”. (Cf. *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*. www.jusnavegandi.com.br, texto inserido no *Jus Navegandi* n. 51, pesquisa realizada em 07.12.2019).

³¹ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 95.

³² FERNÁNDEZ, Tomás R. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madri: Civitas, 1997. p. 84.

³³ FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 58.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos atos administrativos como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.75, jul./set./ 1985. p. 118.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

³⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 43.

³⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 43.

³⁸ FERNÁNDEZ, Tomás R. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madri: Civitas, 1997. p. 164.

³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

A Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) dedicou um capítulo específico para a motivação (Capítulo XII). Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,⁴⁰ a inclusão de um capítulo próprio para a abordagem desse assunto decorreu, provavelmente, da pouca consideração que o Direito brasileiro vinha dando à motivação, apesar da sua efetiva importância.

Assim, o art. 50, da Lei nº 9.784/99, estabelece as hipóteses em que os atos administrativos deverão ser motivados, fixando o seu parágrafo 1º§ que “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”. Depreende-se, daí, que a motivação constitui etapa essencial da decisão administrativa, consistindo numa operação lógica através da qual o julgador, analisando as questões de fato e de direito travadas no processo, fixa as razões de técnica jurídica que constituirão as premissas da decisão.⁴¹

A importância da motivação acentua-se nas decisões discricionárias ou pautadas em conceitos jurídicos indeterminados. Assim ocorre, por exemplo, na remoção do servidor público “no interesse da Administração” (art. 36, Parágrafo único, I, da Lei nº 8.112/90). Não basta a decisão informar o “interesse”, impõe-se a fundamentação fática, o que perpassa pela demonstração das consequências imediatas decorrentes do ato de remoção, sob pena de transformar-se em ato arbitrário.⁴²

Partindo-se de todas essas premissas construídas e expostas antes do advento da Lei nº 13.655/18, observa-se que o seu art. 20 ao exigir que decisões não sejam proferidas com base em conceitos jurídicos abstratos e que observem as consequências práticas do ato, acentua a necessidade da análise mais transparente da realidade fática.

Em comentário ao referido art. 20, Floriano de Azevedo e Rafael Veras⁴³ destacam que tal dispositivo confere um racional decisório consequencialista às decisões principiológicas, impedindo que o controlador se substitua ao administrador. Acrescentam que o artigo estabelece “um devido processo legal decisório”, contendo uma exigência de motivação para além daquela constante no art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Apesar de entender que não há inovações no dispositivo em comento, é certo que ele reforça a motivação ao exigir que ela demonstre a necessidade e adequação da medida, inclusive diante das possíveis alternativas. Decisões devem partir dos problemas concretos, levando em consideração as suas peculiaridades.

⁴⁰ FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 60.

⁴¹ FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 161.

⁴² DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL DERIVADA DE MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DESMOTIVADA DE SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS AD ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. ATO ARBITRÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O ato de remoção de funcionário público está sujeito a oportunidade e conveniência da Administração Pública sendo, contudo, indispensável a devida motivação inclusive para possibilitar o controle da legalidade. Constatado através do conjunto probatório colacionado aos fólios que o ato de remoção do apelado encontra-se eivado de ilegalidade, irretocável se afigura a sentença recorrida que concedeu segurança para anulá-lo. (TJBA Classe: Apelação. N. do Proc; 0086533-71- 2005.8.05.0001. Rel. Márcia Borges Farias. Quinta Câmara . DO 04/05/2016)

⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Forum, 2020, posição 715. E-book Kindle.

Conforme se manifestou Alberto Ramón Real⁴⁴ a utilização da expressão “motivação” vai além da enunciação de circunstâncias de fato e de direito, em verdade ela vai muito além dos motivos, abrangendo os argumentos da Administração, suas justificativas. Impõe-se, no entanto, reconhecer a importância do art. 20 da LINDB, uma vez que ainda persistem decisões pautadas em fundamentações evasivas e abstratas, que dificultam inclusive eventuais contestações.

5. A ponderação principiológica a partir dos artigos 20 e 21 da LINDB e sua extensão

O art. 20, introduzido pela Lei nº 13.655/18 à LINDB, além de explicitar a necessidade de observância das consequências práticas das decisões adotadas nas esferas administrativa, controladora e judicial, salienta, no seu parágrafo único, conforme já exposto, que a motivação deverá demonstrar a necessidade e adequação da decisão, inclusive em face das possíveis alternativas.

O art. 21 da LINDB, por sua vez, reportando-se à decretação de invalidação de ato, contrato e afins, nas esferas administrativa, controladora ou judicial reforça a necessidade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas.

Assim, enquanto o art. 20 se aplica a qualquer decisão, com quaisquer efeitos, a norma contida no art. 21 reporta-se exclusivamente às decisões que invalidam atos, contratos, processos ou normas.

Os referidos dispositivos legais valorizam a verificação das consequências para imposição de medidas ou invalidações de ato, contrato, ajuste processo ou norma.

Fala-se do consequencialismo jurídico, que envolve o argumento pela consequência. Em outras palavras, as consequências das decisões, sejam controladoras, judiciais ou administrativas deverão ser consideradas no momento de decidir e argumentar. A avaliação das consequências decisórias, ou seja, a ponderação dos seus efeitos mensuráveis faz com que as medidas adotadas sejam mais compatíveis com a realidade. Sustenta-se a adoção de decisões a partir de suas consequências práticas – o olhar para o futuro e não para o passado.⁴⁵

O parágrafo único do art. 20, da LINDB, impõe que a motivação da medida imposta atente-se à demonstração da sua necessidade e adequação. Com base no consequencialíssimo, a motivação deverá demonstrar que a decisão adotada é proporcional, comparando-se com outras possíveis alternativas existentes para o caso concreto.⁴⁶

No que se reporta ao processo invalidador de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deve-se acrescentar racionalidade para que os custos de transação das relações travadas com o Poder Público sejam avaliados antes da prolação da decisão invalidatória.⁴⁷

⁴⁴ REAL, Alberto Ramón. Fundamentación de l'acto administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, abr./jun./ 1982. p. 7.

⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: n. 39, p. out./dez. 2012.

⁴⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. VALIATI, Thiago Priess, HÚNGARO, Luis Alberto, CASTELLA, Gabriel Morettini e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 9.

⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Forum, 2020, posição 1332. E-book Kindle.

Segundo Rafael Vêras de Freitas,⁴⁸ o art. 21 da LINDB impõe o ônus de processualização, para que sejam estabelecidas as consequências mais relevantes da invalidação. Trazendo como exemplo a anulação de contrato administrativo de concessão de serviço público, aponta indagações necessárias, tais como: de que forma será prestado o serviço para a população no dia seguinte? Quais são os prejuízos que serão experimentados pelos usuários (considerando o dever de continuidade dos serviços públicos)? O Poder Concedente terá condições (econômicas, técnicas e operacionais) de retomar o serviço ou de relicitar-lo? O Poder Concedente terá recursos para indenizar o concessionário pelos investimentos ainda não amortizados?

Sustenta o autor que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessas exigências poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no art. 2º, alínea “d”, e parágrafo único, alínea “d”, ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) ou por violação aos arts. 20 e 21, da LINDB.

Por certo que tal análise demandará muitas vezes a disponibilização de informações próprias da gestão administrativa, o que dificultará a atuação dos órgãos de controle na análise das consequências decorrentes da decisão proferida.

Por outro lado, a questão que se coloca é: em caso de a invalidação gerar mais prejuízos que benefícios, deverá permanecer o ato contrário à regra jurídica? Em outras palavras, pode-se ponderar o princípio da legalidade estrita com os demais princípios acolhidos no ordenamento jurídico, subjugando-o à concretização de algum desses?

Este parece um possível caminho, como passa a demonstrar.

5.1. A redução da vinculação legal frente à normatividade dos princípios

Conforme já salientado, a desenfreada inflação legislativa ocorrida no sistema jurídico contribuiu para construção de uma legalidade recheada de interesses contraditórios, produzindo uma normatividade conflitante, debilitada na sua função vinculativa e desmistificando a ideia de perfeição da lei. Acentua-se neste cenário a normatividade principiológica, que também debilita o conteúdo material da legalidade vinculativa.

A legalidade administrativa fechada progressivamente é substituída por indeterminações e abstrações que favorecem a Administração Pública na construção de soluções concretas, com a maleabilidade da legalidade restrita.

Fala-se, então, na relativização da respectiva intensidade vinculativa da lei, o que requer a observância dos princípios gerais disciplinadores da atividade administrativa expostos de forma explícita e implícita na Constituição Federal. Segundo Paulo Otero, o desenvolvimento progressivo de uma normatividade principiológica aumenta a indeterminação, a abertura e a margem de intervenção administrativa na densificação das normas integrantes da legalidade, concluindo que:

Numa sociedade aberta aos intérpretes da normatividade e num mundo composto por uma legalidade “principalista” e envolta numa densa floresta de normas reguladoras da actividade administrativa, a descoberta

⁴⁸ FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o Direito de Infraestrutura. *Revista Eletrônica da OAB/RJ: Edição Especial de Infraestrutura*. p. 15. Disponível em <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2019/12/13.-Rafael-V%C3%A9ras.pdf>. Acesso em: 20.02.2024.

de qual seja o exacto padrão regulador da conduta administrativa pode bem tornar-se um milagre.⁴⁹

Partindo-se da concepção favorável à ponderação de princípios, bem colocada por Robert Alexy,⁵⁰ questiona-se a possibilidade de submissão da legalidade restrita aos demais princípios, quando aplicada a “lei da ponderação”, decomposta, segundo Alexy,⁵¹ em três passos parciais. No primeiro passo deve ser comprovado o grau de prejuízo de um princípio. A esse deve, em passo a seguir, comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Por fim, deve ser comprovado que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

De acordo com Alexy, as regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. No entanto, defende a “abertura necessária do direito”. De acordo com o autor “De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma”.⁵²

Tal ponderação principiológica deve se atentar a inaplicabilidade da “legalidade oficial” e possíveis dúvidas sobre qual seja o efetivo padrão limitativo da conduta administrativa e o critério exato de controle.

Neste cenário, a evolução normativa parece caminhar no sentido de admitir a manutenção de atos contrários à lei, mesmo quando não beneficiados pela estabilidade temporal.

5.2. A teoria tradicional da invalidação sujeita a um novo olhar

Pode-se afirmar que a teoria tradicional da nulidade dos atos administrativos já admite a manutenção dos efeitos de atos invalidados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

De fato, os vícios do ato administrativo podem se apresentar em qualquer um dos seus elementos,⁵³ quais sejam, na competência, na forma, na finalidade, no motivo ou no objeto.⁵⁴ Segundo Weida Zancaner a invalidação consiste na “eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica”.⁵⁵

⁴⁹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 960.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Social. In *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

⁵¹ ALEXY, Robert. A fórmula peso. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

⁵² ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: o institucionalização da razão. In *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36.

⁵³ Utiliza-se neste trabalho a terminologia “elementos do ato administrativo” para facilitar o estudo, porém há autores que preferem guardar tal denominação apenas para a forma e conteúdo do ato, aduzindo que os demais “elementos” são, na verdade, pressupostos do ato administrativo (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 402).

⁵⁴ Há autores que diferenciam o objeto do conteúdo do ato. Assim, o objeto seria aquilo a que o ato se refere (pressuposto de existência) e o conteúdo seria aquilo que o ato dispõe (elemento do ato). (Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 403).

⁵⁵ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.

Não é qualquer vício que gera a invalidação do ato administrativo, devendo-se distinguir os vícios sanáveis, que atingem o ato em aspectos menos relevantes, dos vícios insanáveis, que afetam o ato de forma grave em elemento essencial.

Sendo o vício sanável, o ato poderá permanecer no ordenamento jurídico, o que não ocorre em sendo o vício insanável, quando deverá ser extirpado do ordenamento. Seabra Fagundes⁵⁶ refere-se a atos absolutamente inválidos e relativamente inválidos. Com efeito, os primeiros violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, sendo de indispensável observância. Os segundos também podem atingir os cinco elementos do ato, mas, em face de razões concretamente consideradas, tem-se melhor atendido ao interesse público a sua parcial validade.

Agustín Gordillo,⁵⁷ por sua vez, refere-se a atos nulos e anuláveis de acordo com a gravidade do vício constante do ato administrativo, apresentando tratamento diverso a cada espécie.

Dentre as classificações apresentadas pela doutrina referentes à invalidação do ato administrativo, merece destaque as categorias apresentadas por Weida Zancaner.⁵⁸ Segundo sustenta, quanto aos vícios os atos administrativos podem ser *absolutamente insanáveis*, *relativamente insanáveis*, *absolutamente sanáveis* e *relativamente sanáveis*.

Os atos *absolutamente insanáveis* seriam aqueles fora do possível jurídico e radicalmente vedado pelo Direito. Tais atos jamais poderão obter estabilidade, posto que não incide sobre os mesmos o instituto da prescrição. Bandeira de Mello⁵⁹ classifica tais atos como inexistentes. Os atos *relativamente insanáveis* não podem ser refeitos sem vícios, ou seja, não podem ser convalidados pela Administração Pública, nem por ato do particular afetado, porém podem ser atingidos pela prescrição, adquirindo estabilidade. A doutrina também os classifica como atos nulos.⁶⁰ Os atos *absolutamente sanáveis* são aqueles maculados por pequenos vícios irrelevantes, como, erros de grafia, referência inexata ao ano de publicação de uma lei, dentre outros. Seabra Fagundes⁶¹ denomina tais atos de irregulares. Por fim, os atos *relativamente sanáveis* são aqueles que devem ser reproduzidos pela Administração Pública validamente, em razão dos vícios que os eivam serem de menor potencial ofensivo. Também classificados pela doutrina como atos anuláveis.⁶²

Observa-se com esta classificação que existem diversos graus de tolerância em relação aos vícios que acometem os atos administrativos. Assim, há vícios que pouco afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito, como é o caso de vício de competência nos atos de conteúdo vinculado. Caso haja o preenchimento dos requisitos legais por parte do beneficiário do ato, não há que se falar em dano se aquele foi praticado por funcionário de fato,⁶³ por exemplo.

⁵⁶ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo 3. p. XI-34.

⁵⁸ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.90.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 385.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.578.

⁶¹ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.72.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 384.

⁶³ Entende-se por funcionário de fato aquele que se encontra de forma irregular investido no exercício de função pública.

Por outro lado, existem vícios que, quando presentes, impedem a manutenção do ato administrativo no mundo jurídico pelos prejuízos advindos ao interesse público. Seria a situação de ato praticado com a finalidade de cometimento de conduta criminosa (desvio de finalidade).⁶⁴

Weida Zancaner, manifestando-se quanto à manutenção de atos administrativos viciados, afirma: “o princípio da legalidade não prejudica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica”.⁶⁵ Acrescenta, ainda, “é mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação do que desconstituí-los, mesmo porque a invalidação poderá levar à responsabilização estatal no que pertine aos lesados de boa-fé”.⁶⁶

A regra geral é a de que não há discricionariedade em invalidar, ou não, um ato administrativo que tem uma falha incorrigível. Segundo afirma Raquel Carvalho, “a extinção do ato é um comportamento vinculado, de exercício obrigatório por quem esteja controlando sua juridicidade”.⁶⁷ Em outras palavras, a escolha do meio de correção é vinculada: ou é cabível a invalidação, ou é cabível a convalidação.⁶⁸ Saliente-se que Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a convalidação como “o suprimento da invalidação de um ato com efeitos retroativos”.⁶⁹

Entende-se que são convalidáveis os atos que tenham vícios de competência e de forma, incluindo formalidades exigíveis nos procedimentos administrativos.⁷⁰ Em caso de objeto/conteúdo plúrimo do ato administrativo - quando a vontade administrativa se dirigir a mais de uma providência - é possível aproveitar o ato quando o vício não atinge todas elas.⁷¹

Por outro lado, não podem ser convalidados atos com vícios no motivo, no objeto (quando exclusivo), na finalidade e na falta de congruência entre motivo e o resultado do ato.⁷²

Mesmo com toda a disposição doutrinária na construção de atos convalidáveis ou não, é certo que a decisão pela invalidação do ato deverá possuir caráter técnico, com a observância do sistema jurídico, atenta à incidência dos princípios e regras existentes.

Assim, deverá atentar-se aos pesos atribuídos aos princípios em contraposição. Nesta análise serão sopesados diversos aspectos, como: a boa ou má-fé do agente público e do administrado, o decurso do tempo, ausência ou existência de prejuízo, danos patrimoniais decorrentes da retirada do ato, impugnação do ato, prejuízos à sociedade. Ou seja, dever-se-á ponderar os princípios afastados pelo ato e aqueles por ele concretizados.

Desta forma, não se pode indicar de antemão, sem análise do quanto referido, qual a solução a ser adotada: a invalidação ou a manutenção do ato viciado. liás, Ricardo Marcondes

⁶⁴ Ocorre o desvio de finalidade quando se utiliza do ato para buscar uma finalidade que não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado.

⁶⁵ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶⁶ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2009. P. 467.

⁶⁸ Neste sentido manifesta-se Wieda Zancaner (*Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57) e Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264).

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 389.

⁷⁰ Neste sentido manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 172) e Weida.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 173.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 173.

Martins indica oito possibilidades para correção do vício, quais sejam, “invalidação retroativa ou irretroativa, convalidação, conversão,⁷³ redução⁷⁴ e invalidação e concomitante edição de outro ato com conteúdo total ou parcialmente idêntico ou diferente”.⁷⁵

No que se reporta à decisão pela invalidação, os seus efeitos são ditados pelo resultado da ponderação dos princípios incidentes nas circunstâncias fáticas existentes no momento da decisão. Logo, a conclusão pela invalidação irretroativa ou parcialmente retroativa ou, ainda, para o futuro decorre da aplicação dos princípios jurídicos e do peso de cada um na decisão.

A necessidade de ponderação principiológica e consequencialista na tomada de decisão pela invalidação, ou não, aparece refletida na Lei nº 14.133/2021, conforme passa a expor.

6. Os impactos da LINDB nos processos invalidatórios das contratações públicas: o novo olhar conferido pelo art. 147 da Lei nº 14.133/2021

Abordando a nulidade dos contratos administrativos, o art. 147 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos (...).

Pelo que determina o referido dispositivo legal, ao se constatar um vício de legalidade no contrato administrativo, o primeiro passo é procurar sanear-lo, se for possível fazê-lo. Ou seja, deverá ocorrer a convalidação do ajuste.

Não sendo possível a convalidação, o artigo elenca em 11(onze) incisos os aspectos que deverão ser sopesados, quando da adoção da decisão pela suspensão da execução ou anulação do contrato. Dentre os pontos a serem analisados na tomada de decisão estão: os riscos econômicos, sociais e ambientais decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, o que abrange os custos da deterioração das parcelas, os custos para realização de nova licitação, as despesas decorrentes das desmobilizações e mobilizações, o fechamento de postos de trabalho.

Nessa perspectiva, a invalidação do contrato pressupõe que o vício nele existente tenha causado dano substancial. Pode-se aplicar ao processo de contratação efetivado pela Administração Pública a jurisprudência remansosa do STJ quanto à necessidade e de demonstração do efetivo prejuízo para a nulidade do processo administrativo, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief*.⁷⁶

De acordo com o parágrafo único, do art. 147, da Lei nº 14.133/2021:

⁷³ Significa a edição de um ato administrativo que tem por efeito a transformação de um ato viciado em outro ato, de forma a que o ato viciado seja sanado.

⁷⁴ Seria uma forma de invalidação parcial, ou seja, edição de um ato que tem por efeito a exclusão da parte inválida do ato viciado, mantendo a parte válida.

⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 401.

⁷⁶ RMS 30.856/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016; RMS 28.132/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015,

Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Vê-se, então, que a decisão pela invalidação do contrato administrativo decorrerá das circunstâncias fáticas observadas, absorvidas por valores constantes de princípios a serem ponderados.

A Administração Pública, portanto, poderá avaliar os fatos partindo da ponderação dos princípios contrapostos envolvidos, podendo manter contrato contaminado por vício de legalidade não passível de convalidação, ou seja, vício insanável.⁷⁷ Porém, o parágrafo único do art. 147, da Lei nº 14.133/2021, determina que a irregularidade seja solucionada por meio de indenização por perdas e danos.⁷⁸

Fala-se que tal dispositivo guarda correlação com os artigos 20 e 21 da LINDB,⁷⁹ conforme já comentado.

Assim, pense-se no município que formaliza contrato administrativo com a empresa X, vencedora do processo licitatório, para fornecimento parcelado de combustível aos carros oficiais. Imagine-se que durante a execução do contrato, verifica-se que a empresa estava, à época do processo, com uma certidão de débito fiscal vencida e que possuía débitos fiscais em aberto, situação posteriormente regularizada. Suponha-se que a referida pessoa jurídica seja a única existente em um raio de 50 quilômetros da sede do Município. Ora, neste caso não se justifica a invalidação do contrato, o que poderá ser demonstrado com a utilização do parágrafo único, do art. 20, da LINDB c/c o inciso X, do art. 147, da Lei nº 14.133/2021, que estabelece dentre as hipóteses para manutenção de contrato com vício de legalidade o “custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato”, já que nesta situação se poderia contratar a referida empresa por inexigibilidade de licitação.

Tem-se ainda, como exemplo, a situação de empresa contratada para prestação de serviços de saúde, envolvendo também fornecimento de mão de obra. Expedida ordem de serviço, com o início da execução do contrato, observa-se que a licitação que originou o ajuste tem um vício de legalidade, que corresponde à exigência de atestado para qualificação técnica incompatível com o objeto licitado, o que reduziu a competitividade. Ora, nessa situação, com a observância do *caput* do art. 22, da LINDB, analisado com os aspectos estabelecidos nos incisos II e IX, do art. 147, da Lei nº 14.133/2021, que se reportam aos riscos sociais e os custos com a desmobilização e posterior retorno às atividades, pode-se optar pela manutenção do ajuste.

DJe 03/02/2016; AgRg no RMS 48.427/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, segunda Turma, julgado em 03/12/2015, DJE 15/12/2016.

⁷⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte. Fórum, 2022. p. 1167.

⁷⁸ Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, senão vejamos; “(...)24. Nessa linha, retomar o certame ao estágio imediatamente anterior ao ato irregular, com eventual declaração de nulidade do ato de desclassificação e do contrato dele decorrente, pode ser mais oneroso à entidade que teria de arcar com eventual indenização à empresa contratada e custos de desmobilização” (YCU, Plenária. Acórdão nº 1.737/2021. Rel. Min. Welder Oliveira, j. 21.7.2021).

⁷⁹ Nesse sentido, tem-se como exemplo Juliano Heinen (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p.147).

Por fim, poder-se-ia imaginar o vício existente no edital para contratação de empresa voltada à realização de obra pública, consistente na exigência de atestação indevida, com violação ao §1º, do art. 67 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “a exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação”. Caso tal ilegalidade somente seja arguida quanto a obra se encontra em estágio avançado, pode-se decidir pela manutenção do contrato considerando a fase de execução física e financeira da obra, utilizando-se, para tanto, o art. 147, inciso VIII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, interpretado a partir dos arts. 20 e 21, da LINDB.

Em qualquer situação, no entanto, optando o poder público pela manutenção do contrato, além da necessidade de motivação, a irregularidade deverá ser solucionada por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração da responsabilização e aplicação de penalidades, quando for o caso, tudo em sintonia com o parágrafo único, do art. 147, da Lei nº 14.133/2021. Trata-se de medidas compensatórias, destinadas a eliminar vantagens indevidas, com aplicação do art. 27 da LINDB, segundo o qual “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.⁸⁰

Pretende-se um juízo de ponderação quanto à proporcionalidade da solução adotada, em caso de contrato que esteja em execução, do qual conste desconformidade com a ordem jurídica. Assim, quando o estudo do impacto invalidatório do contrato revelar prejuízos significativos à economia, à sociedade e ao meio ambiente, deverá prevalecer a continuidade do ajuste.

Já o art. 148, da Lei nº 14.133/2021, afirma que, ultrapassada a análise efetivada com fundamento no art. 147, a declaração de nulidade “operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos”. Ou seja, a declaração de nulidade opera efeitos *ex tunc*, obstando os efeitos jurídicos que deveria produzir e desconstituindo os já produzidos. No entanto, segundo o §1º do referido artigo, caso o intérprete perceba que os efeitos retroativos da nulidade não são passíveis de serem operados faticamente, parte-se para a indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades.

Por outro lado, mesmo que ultrapassada a manutenção do contrato com fundamento no referido art. 147, caso se observe que no mundo real a aplicação imediata dos efeitos da invalidação do contrato pode gerar prejuízos ao interesse público, em face da descontinuidade da atividade administrativa, poder-se-á modular tais efeitos para o futuro, por tempo suficiente para realização de nova contratação. Tal previsão consta do §2º, do art. 148, da Lei nº 14.133/2021, tendo o legislador estabelecido limites objetivos ao fixar o prazo de 6(seis) meses, prorrogável uma única vez. Concorde-se com Juliano Heinen quando afirma que “essa opção é bastante condizente com a segurança jurídica e com o primado da proporcionalidade”.⁸¹

⁸⁰ Neste sentido manifesta-se Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1546).

⁸¹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 737.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já prolatou acórdão sobre a anulação de contrato administrativo modelando os seus efeitos jurídicos para o futuro, para não prejudicar a continuidade da atividade administrativa, com a abrupta interrupção do serviço.⁸²

Por tudo quanto exposto, o certo é o art. 147, da Lei nº 14.133/2021 reforça a modulação da decisão pela invalidação do contrato administrativo, já anunciada pelos arts. 20 e 21 da LINDB.

A mera classificação do vício contratual como insanável, com base no Direito Administrativo tradicional, não deve levar a decisão automática de invalidação do ajuste, sem que antes se analise o contexto fático e se atente às consequências da decisão. É um novo olhar, voltado à efetividade, ao real atendimento das expectativas públicas.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a utilização dos artigos 147 e 148, da Lei nº 14.133/2021, não pode servir de estímulo à prática de condutas fraudulentas em processos licitatórios, permitindo a manutenção de contratos, ou seus efeitos, constituídos em ambientes de desvios e favorecimentos indevidos. Daí a necessidade de rigor na atividade ponderativa, na apuração de ilícitos e aplicação de sanções.

Não é demais lembrar, que a Lei nº 14.133/2021 trouxe a relação de ilícitos cuja ocorrência requer a imposição da sanção de declaração de inidoneidade. Com efeito, ocorridas as infrações previstas nos incisos VIII a XII, do *caput*, do art. 155, da referida Lei, impõe-se a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, nos termos do §5º, do seu art. 156, impedindo o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Neste caso, apesar de concordar com os efeitos *ex nunc* da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, nos termos já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça,⁸³ quanto aos ajustes que não estão vinculados à Administração sancionadora, o contrato no qual se verificou a fraude e originou a aplicação de sanção, deverá ser invalidado, com os efeitos *ex tunc* decorrentes da invalidação.

⁸² Nesse sentido, o STJ decidiu que: “Assim, tomando por base os aludidos lineamentos legais, ficam estabelecidas as seguintes consequências jurídicas e administrativas da presente decisão colegiada: 1)) em ordem a continuidade da atividade administrativa, com a eventual e abrupta interrupção do fornecimento de equipamentos de oxigenação imprescindíveis aos paciente atendidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina, a anulação do contrato firmado com a Air Liquide Brasil Ltda., concernente ao Pregão Presencial n. 1.511/2018, surtirá efeitos jurídico somente 3(três) meses após o trânsito em julgado da decisão, tempo suficiente para que se implemente a contratação de novo fornecedor pelo Estado, considerada, nesse aspecto, a já existência de anterior matriz editalícia; eventual prorrogação desse mesmo prazo, por uma única vez, ficará a cargo da autoridade licitante, mediante idônea justificativa (STJ, Primeira Turma. RMS nº 62.150/SC. Rel Min. Sérgio Kukina. Julgamento em 8.6.2021)

⁸³ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS *EX NUNC* DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25.5.2009). AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. A declaração de idoneidade não tem a faculdade de afetar os contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente ou em fase de execução, sobretudo aqueles celebrados com entes públicos não vinculados à autoridade sancionadora e pertencente a Ente Federado diverso (MS 14.002/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 6.11.2009). 4. A sanção aplicada tem efeitos apenas *ex nunc* para impedir que a Sociedade Empresária venha a licitar ou contratar com a Administração Pública pelo prazo estabelecido, não gerando como consequência imediata a rescisão automática de contratos administrativos já em curso (MS 13.101/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. ELIANA CALMON, DJe 9.12.2008). 5. Agravo Interno da Sociedade Empresária a que se nega provimento. (STJ - AgInt no REsp: 1552078 DF 2015/0214736-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de julgamento 30/09/2019. Primeira Turma).

Tal posicionamento visa privilegiar a boa-fé e a probidade nas contratações públicas, impedindo a formalização de contratos direcionados, que busquem a estabilidade a partir da construção de cenários falaciosos.

7. Conclusão

A construção normativa, fruto do Estado de Direito, mesmo quando observada não garante o ideal de justiça, caso se ignore o mundo real.

O princípio da legalidade não só protege o cidadão dos arbítrios do poder, como também resguarda a segurança jurídica. Assim, o caminho normal é a invalidação de atos praticados em desacordo com regra jurídica.

No entanto, muitas vezes é impossível ignorar os efeitos já produzidos pelo ato praticado com afronta à lei, ou mesmo as consequências danosas da própria invalidação.

Nessa perspectiva, o intérprete da norma deve considerar os aspectos sociais, econômicos, ambientais e políticos da invalidação do ato eivado de vício de legalidade. Há necessidade de se dialogar com a realidade, considerando as consequências jurídicas e administrativas da decisão invalidatória, como bem destaca o art. 21 da LINDB.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021 – absorveu o viés consequencialista que deve pautar a invalidação dos contratos administrativos, estabelecendo nos seus artigos 147 e 148 a necessidade de prévia avaliação das consequências da decisão pela invalidação ou não do ajuste, bem como o momento da eficácia dos efeitos da decisão invalidatória, quando esse for o caminho.

Por certo que a decisão administrativa deverá ser respaldada em fundamentação que demonstre a necessidade e adequação da medida adotada. Além disso, os dados utilizados para a solução apresentada ao caso concreto deverão ser disponibilizados aos órgãos de controle, em ambiente de transparência, que revela a assertiva da submissão da legalidade restrita a outros princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico, na concretização do efetivo interesse público.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discrecionalidade – Seus Limites e Controle. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 755, 1988.
- _____. O Controle Judicial dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 152, 1989.
- _____. *A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas*. www.jusnavegandi.com.br, texto inserido no jus navegandi n. 51, pesquisa realizada em 07.12.2019
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Revisão Técnica: Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora UnB, 1999.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2009.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. *La Protección de La Confianza del Administrado*. Buenos Aires: Abelodo-Perrot, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERNÁNDEZ, Tomás R. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Madri: Civitas, 1997.
- FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 92, abr./jun. 1996.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. São Paulo: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1966.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Tomo 3.
- 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.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Forum, 2020. E-book Kindle.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2022.
- NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. VALIATI, Thiago Priess, HÚNGARO, Luis Alberto, CASTELLA, Gabriel Morettini e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: n. 39, out./dez. 2012.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

REAL, Alberto Ramón. Fundamentación de l'acto administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, abr/jun/ 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos atos administrativos como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.75, jul./set./ 1985.

TÁCITO, Caio. A Administração e o Controle da Legalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 37, jul./set./1958.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Implementação de Programas de Integridade por meio de cláusulas atípicas em acordos propostos pelo Ministério Público na defesa do patrimônio público

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. Por um novo modelo de atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público: a consensualidade e os Programas de Integridade. 3. Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) e Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) na defesa do patrimônio público: entre semelhanças e diferenças, um necessário ajuste. 4. Cláusulas típicas e atípicas nos TACS e nos ANPCs: a possibilidade de implementação consensual dos programas de integridade. 5. Considerações finais. 7. Referências.

Resumo

O objetivo do presente artigo é, a partir do estabelecimento teórico de um emergente modelo de atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, sanador do problema da ineficácia do atual método, explorar, via abordagem qualitativa, descritiva e aplicada, as semelhanças e diferenças entre o Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Acordo de Não Persecução Cível, realizar um ajuste teórico e pragmático dos referidos instrumentos consensuais e propor a possibilidade da implementação de Programas de Integridade por meio de cláusula atípicas desses acordos, com vistas à promoção da prevenção e repressão eficientes dos atos de improbidade administrativa ou de danos ao erário.

Palavras-chave: Programas de Integridade. Acordos. Ministério Público. Defesa. Patrimônio público.

Key words: *Integrity Programs. Agreements. Public Ministry. Defense. Public property.*

1. Introdução

As modernas demandas sociais pela execução de políticas públicas e prestação de serviços públicos cada vez mais complexos, específicos e dinâmicos exige da Administração Pública e das instituições que realizam seu, especialmente o Ministério Público, uma atuação sincronicamente responsiva, capaz de, estrategicamente planejada, prevenir a ocorrência do ilícito, detectar as ocorrências de atos de improbidade administrativa e promover

* Doutor em Direito do Estado, pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em *Estado de Derecho y Gobernanza Global*, pela Universidade de Salamanca (USAL). Mestre em *Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad*, pela USAL, reconhecido como Mestre em Direito Público, pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-Graduado em "Prevenção e Repressão à Corrupção: aspectos teóricos e práticos", pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Privado, pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor das Escolas Superiores do MPMG, MPSP, MPMT. Parecerista das Revistas do MPMG, MPSP, MPPR e da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Membro do Grupo Coordenador do FUNEMP/MPMG - Fundo Especial do MPMG. Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do IDASAN – Instituto de Direito Sancionador Brasileiro.

eficientemente a respectiva responsabilização, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição da República de 1988 e da Lei n. 8.429/92, apesar de suas astrosas (e desastrosas) alterações, promovidas pela Lei n. 14.230/21.

O modelo tradicional de tutela do patrimônio público, ainda prevalentemente repressivo e judicializante praticado pelo Ministério Público, à luz da Lei de Improbidade Administrativa, em que pese impulsionado, até muito recentemente, pela total inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade e pela ausência de meios alternativos - ou mais adequados - de resolução de conflitos sancionatórios, é manifesta e empiricamente ineficaz, gerador de uma “*Crise da Justiça*” para a responsabilização de agentes públicos e privados pela prática de atos de improbidade administrativa.¹

A consensualidade no enfrentamento à improbidade administrativa sempre foi um tema espinhoso, especialmente antes da atual redação do art. 17-B incluído na Lei n. 8.429/92 pela entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, em 25 de outubro de 2021, que resultou na consolidação definitiva do instituto do Acordo de Não Persecução Cível², celebrável entre o Ministério Público (e/ou a pessoa jurídica lesada) e os autores e beneficiários dos atos de improbidade, com o objetivo de estabelecer um título executivo para a respectiva responsabilização do agente ímprobo, em alternativa à tradicionalmente ineficaz judicialização da pretensão de mesma natureza. Até então, o Compromisso de Ajustamento de Conduta era o único instrumento ministerial utilizado para o estabelecimento de obrigações de fazer, de não fazer e até, impropriamente, para o estabelecimento imediato de uma ou mais sanções previstas no art. 12 da LIA.

Muito embora tenha sido marcante a previsão legal expressa e definitiva do ANPC, a nova LIA não estabeleceu balizas objetivas mínimas e suficientes para o instituto, sejam elas formais ou materiais sancionadoras, o que reverbera em certa insegurança jurídica em sua compreensão e utilização, notadamente em contraposição ao TAC, o que torna necessária uma análise mais acurada e minudente sobre os aspectos teóricos e práticos desses acordos, com vistas à promoção eficiente da tutela repressiva e preventiva ao patrimônio público, especialmente pela possibilidade do firmamento de cláusulas atípicas de implementação de programas de improbidade, propostas pelo MP em relação à Administração Pública.

2. Por um novo modelo de atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público: a consensualidade e os Programas de Integridade

Para superar os modelos Patrimonialista, Burocrático e Gerencial³, contemporaneamente, em sinergia às transformações experimentando nos últimos tempos pelo Estado e pela

¹ Mazieiro, Rodrigo. *Ministério Público e governança pública no combate à corrupção*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024, pp. 236-245.

² Registre-se que a Medida Provisória n. 703, editada em 18 de dezembro de 2015, revogou o parágrafo primeiro da Lei n. 8.429/92, que vedava a transação, acordou ou conciliação nas ações respectivas, possibilitando-se, portanto, segundo parte da doutrina (v.g. Eduardo Cambi), a consensualidade, mesmo que sem balizas objetivas. Todavia, referido ato normativo perdeu eficácia, por sua não conversão em lei, conforme Ato Declaratório n. 27, de 31 de maio de 2016. Posteriormente, o art. 6º da Lei n. 13.964, de 4 de dezembro de 2019, instituiu o Acordo de Não Persecução Cível, com a inclusão do § 1º ao artigo 17 da LIA assim redigido: “§ 1º. As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”, cuja vigência durou de 3 de janeiro de 2020 até 25 de outubro de 2021, data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, que trouxe o art. 17-B ao texto da LIA, dispondo definitivamente sobre o ANPC.

³ Mazieiro, Rodrigo. *Ministério Público e governança pública no combate à corrupção*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024.

Administração Pública, o Ministério Público brasileiro atualmente também vem passando por alterações estruturais, de gestão e de desempenho funcional que expressam a institucionalização do modelo da *Nova Governança Pública* (NGP), ainda em constante desenvolvimento, baseado em 9 princípios e boas práticas fundamentais, porém não exaustivos: planejamento estratégico; atuação em rede; participação administrativa democrática; consensualidade; priorização da prevenção ao ilícito; coconstrução da gestão e das políticas públicas; *accountability/responsiveness*; transparência e integridade (*compliance*).⁴

Em que pese seja controverso se apontar um único marco histórico-normativo que represente essa guinada para a governança e seja certo que o tema ainda é cientificamente pouquíssimo explorado, não restam dúvidas que, além da matriz constitucional do art. 129, III, da CR/88 e do *Microssistema de Tutela do Patrimônio Público*⁵, existem diversos atos normativos - vinculantes e recomendatórios - emanados de órgãos componentes da própria estrutura do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público dos quais podem ser extraídos e implementados princípios e diretrizes da Nova Governança Pública, tanto na atuação administrativa de gestão da própria Instituição, quanto na atuação finalística extrajudicial de tutela do patrimônio público, o que passou a ser mais evidente a partir dos anos 2000. Tal mudança representa um importante instrumento de prevenção e repressão à corrupção, particularmente à improbidade administrativa, para garantir o esmerado cumprimento de suas missões constitucionais do *Parquet*, mas que ainda se encontra em um estado bem incipiente de institucionalização (planejamento, execução e controle).

Por sua própria concepção constitucional, o Ministério Público não poderia permanecer autorreferente, isolado, alheio à realidade social, sem se inserir no atual contexto social, que urge por uma gestão e uma atuação finalística em rede, em cooperação, coparticipação, modernização, prestação de contas e responsividade às demandas da coletividade, cada vez mais complexas e plurais.

Corroborando esse pensamento, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador

⁴ Relativamente novo modelo de gestão misto, surgido na gestão Tony Blair, em 1997, no Reino Unido, nominado por Stephen Osborne, em seu seminal artigo *"The New Public Governance? Public Management Review"*, que congrega as boas qualidades dos modelos burocrático e gerencial, e é caracterizado por nove princípios e boas práticas fundamentais, porém não exaustivos: planejamento estratégico; atuação em rede; participação administrativa democrática; consensualidade; priorização da prevenção ao ilícito; coconstrução da gestão e das políticas públicas; *accountability/responsiveness*; transparência e integridade (*compliance*). Ver: Mazieiro, Rodrigo. *Ministério Público e governança pública no combate à corrupção*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2024.

⁵ Nesse sentido, a doutrina aponta diversas leis infraconstitucionais que adotam os parâmetros da governança pública, dentre as quais: "a Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964, o Decreto nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Lei de responsabilidade Fiscal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, Lei nº 6021, de 22 de janeiro de 2007, além da Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) e Lei nº. 12.741, de 08 de dezembro de 2012 (Lei da Transparência Fiscal). Outro importante fator instituído pela Constituição de 1988 é a elaboração do Plano Plurianual (PPA), que fortalece o planejamento público." (MEZA, Maria Lucia Figueiredo Gomes; MORATTA, Nelson Granados; GROSCHUPF, Silmara Lucia Bindo. *Governança Pública*. In: OLIVEIRA, Antonio Gonçalves; PISA, Beatriz Jackiu; AUGUSTINHO, Sonia Maria (Org.). *Gestão e Governança Pública aspectos essenciais*. Curitiba: UTFPR, 2016, p.180).

e formulador de políticas públicas; [...] buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação).⁶

A literatura sobre as práticas de governança no âmbito do Ministério Público é escassa e a institucionalização desse modelo de governança pública - que apresenta como pilares de sustentação, dentre outros princípios e práticas, a consensualidade e os programas de integridade - é ainda incipiente, o que gera reflexos diretos e inevitáveis em sua instrumentalização. Em outras palavras, o processo de institucionalização da eficiente utilização dos TACs e dos ANPCs no enfrentamento à improbidade administrativa, notadamente no seu viés preventivo, por meio da criação, execução e controle de programas de integridade, é práxis institucional seminal e inexperita.

Com base na premissa histórico-institucional de que toda a fundação dogmática referenciada sobre a Nova Governança Pública pode (e deve) ser plenamente transportada ao Ministério Público, é a partir do início dos anos 2000, mais notadamente a partir de 2011 até os dias atuais, que algumas dessas diretrizes, enquanto eixos fundamentais da NGP, passaram a ser a tônica instrumental na seara do combate à corrupção (foco na improbidade) pelo Ministério Público brasileiro.

No plano institucional, a *atuação em rede* ganhou especial relevo, tendo como principal marco de atuação do Ministério Público brasileiro, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, criada em 2003, na qual a Instituição possui grande representatividade plenária e fortes responsabilidades nos cumprimentos das Metas e Ações⁷.

Dando concreção a essas ideias sobre governança pública no MP, num contexto social imerso em intensas crises institucionais (desdobramentos da Operação Lava Jato, iminência do processo de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff e de movimentações parlamentares em represália ao Ministério Público⁸ e à Magistratura etc.), foi realizada uma das primeiras iniciativas, com repercussão nacional, de revisão crítica da atuação Ministerial no combate à corrupção, no III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público de São Paulo, realizado de 21 a 23 de outubro de 2015, na capital paulista, que contou com a participação de um grande número de membros dos Ministérios Públicos de todo o Brasil.

Naquela oportunidade, embora com algumas resistências iniciais, criou-se um ambiente fértil à produção acadêmico-institucional de revisão crítica dos sistemas tradicionais de atuação na área, com a apresentação e aprovação de teses alinhadas à Nova Governança Pública e que levantaram, entre outros, os seguintes assuntos correlatos: “A possibilidade de ampliação dos efeitos da colaboração premiada para os atos de improbidade administrativa”; “A defesa estratégica da probidade administrativa pelo Ministério Público”; “O Ministério Público e o desenvolvimento de normas relativas à preservação de elementos de prova da prática de atos com ausência de conformidade com a lei (*compliance*)” e a nossa, intitulada

⁶ GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. [S.l.: s.n.], [19?], p. 121-122.

⁷ Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/gestao>. Acesso em: 7 jun. 2021.

⁸ Deliberações parlamentares sobre a PEC 37.

“A intervenção preventiva extrajudicial do Ministério Público no combate à corrupção - escala de ação progressiva como fator de emancipação social”⁹.

Ao fim do referido congresso, foi redigida e publicada a respectiva Carta, cujas fundamentações e deliberações afirmam a necessidade de alteração do até hoje prevalente modelo de atuação, propugnando-se, dentre outras diretrizes, a atuação em rede, a priorização da prevenção aos atos de improbidade administrativa e a implementação de programas de integridade (à época, tratados apenas como sistemas de controle interno).¹⁰

Nesse rumo, em 23 de agosto de 2016, foi editada a Recomendação nº 42 do CNMP, por meio da qual foram propagadas diretrizes de alteração estrutural e material no âmbito de cada Ministério Público. Nos considerandos dessa Recomendação existem assertivas de cunho declaratório e propositivo referentes a algumas ações ou vetores de orientação: máxima efetividade no combate à corrupção; preponderância da atuação preventiva, com suas respectivas diretrizes; à cooperação interna e externa entre as instituições e os órgãos de execução; planejamento estratégico¹¹; compromissos de *enforcement* de medidas anticorrupção assumidos pelo Brasil na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e criação e especialização de estruturas orgânicas anticorrupção, dentre outras.

Atento à dificuldade de reversão ou compensação dos danos causados pela corrupção aos direitos fundamentais e ao princípio da eficiência, o CNMP editou essa recomendação que visa muito mais à ingerência Ministerial nas causas da corrupção cível, administrativa e criminal, do que à mera repressão de suas consequências. No § 1º do artigo 1º desse ato foram recomendadas diversas medidas de atuação preventiva, nos trilhos da NGP, que vão muito além da simples utilização dos instrumentos procedimentais administrativos (recomendações, TACs etc.). Podem ser citadas, exemplificativamente: a atuação interinstitucional, com e para o intercâmbio de informações e boas práticas; abordagem multidisciplinar; indução de

⁹ Nas linhas dessas ideias, cite-se nossos trabalhos: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajudicial - aspectos teóricos e práticos*; WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos*, p. 247-262.

¹⁰ “[...] DELIBERARAM que deve o Ministério Público:

I – incentivar a criação de órgão de execução especializada, com atribuições cíveis e criminais, para investigação e ajuizamento das respectivas ações judiciais de responsabilização, seja por meio de promotorias de justiça estaduais, regionais ou locais, visando conciliar os princípios da unidade institucional, independência funcional e eficiência no exercício das funções institucionais do Ministério Público para a tutela do patrimônio público e social e do combate à corrupção;

II – estimular a atuação integrada, interna e externamente, bem como a adoção dos instrumentos estabelecidos pelo microsistema de combate à corrupção, formado, dentre outras, pelas Leis 12.846/13, 12.850/13 e 8.429/92;

III – priorizar a atuação preventiva e extrajudicial no enfrentamento do fenômeno da corrupção, fomentando e fortalecendo os mecanismos de controle social;

IV – fiscalizar a implantação do controle interno nos órgãos da Administração Pública direta e indireta;

V – acompanhar e participar das discussões a respeito dos projetos legislativos que envolvam o aprimoramento do combate à corrupção;

VI – realizar gestões efetivas no sentido de viabilizar o restabelecimento do fluxo de informações, antes mesmo das decisões finais do Tribunal de Contas do Estado, revertendo a situação atual que embarça a apuração de eventuais atos de corrupção.” SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Carta do III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Carta%20do%20III%20Congresso.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024.

¹¹ Ver BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Planejamento Estratégico Nacional: Indicadores Estratégicos Nacionais 2011-2029*. Brasília: Comissão de Planejamento Estratégico, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CPE/20171109_PEN_Indicadores_Estrat%C3%A9gicos_Nacionais_V1.10.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

políticas públicas de boa governança nos setores público e privado; promoção da eficiência da transparência ativa e passiva e projetos sociais e campanhas para a formação de uma sociedade ética.

Percebe-se uma clara tendência de alteração do *status* desarticulado, isolado, eminentemente judicializante e repressivo do *Parquet*, visto agora, interna e externamente, como agente político de transformação social, na prática. É uma tendência de transição, ainda que incipiente, do isolamento institucional (interno e externo) e da judicialização dos anseios sociais, para a dialética participativa, atuação integrada e a resolutividade preventiva, especialmente quanto aos atos de improbidade administrativa. Num último grau de resolutividade, na área da improbidade administrativa, abre-se agora a vertente de uma atuação repressivo-consensual, instrumentalizada pelo Acordo de Não Persecução Cível.

Nessa linha, o MPF passou a celebrar diversos acordos e parcerias interinstitucionais, especialmente com instituições financeiras e com órgãos de controle, para aumentar a eficiência da prevenção e da repressão aos atos de corrupção, dos quais são exemplos¹²: a) Protocolo de Intenções - Rede de Controle da Gestão Pública (2009)¹³; b) Protocolo de Cooperação Técnica entre MPF e Controladoria-Geral da União (2014); c) Acordo de Cooperação Técnica e Assistência Mútua entre o MPF e o Tribunal de Contas da União (2018); e d) Acordo de Cooperação Técnica entre o MPF e o BNDES (2019). Seguindo o mesmo caminho, em 2016, o CNMP também firmou um importante Acordo de Cooperação Técnica com a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, e da Fundação Escola Nacional de Administração Pública, com o objetivo de adesão à Rede Sinconv para o desenvolvimento de ações conjuntas e apoio mútuo às atividades para a melhoria da gestão, capacitação e fortalecimento da comunicação e transparência relativas às transferências voluntárias de recursos públicos.¹⁴

Com o objetivo de desenvolver ações conjuntas de prevenção e repressão à corrupção, também foram criadas diversas *Redes de Controle*, com participação do MP, de outras entidades e órgãos públicos e da sociedade civil, no âmbito federal e em vários estados da federação: AC – Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-AC); AL – Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-AL); AM - Rede de Controle da Gestão Pública do Amazonas Bahia (RCGP-AM); BA – Rede de Controle da Gestão Pública da Bahia (RCGP-BA) CE – Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-CE) DF e GO - Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-GO); MG - Ação Integrada da Rede de Controle e Combate à Corrupção de Minas Gerais (ARCCO-MG); MS – Rede de Controle da Gestão Pública no Estado do Mato Grosso do Sul (RCGP-MS); MT – Rede de Controle da Gestão Pública do Estado do Mato Grosso (RCGP-MT); PB – Fórum Permanente de Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-PB); PE - Fórum Permanente de

¹² BRASIL. Ministério Público Federal. *Acordos e Parcerias*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr5/coordenacao/acordos-tacs>. Acesso em: 7 jun. 2021.

¹³ Segundo a Cláusula Primeira do documento: “Este PROTOCOLO tem por objeto a articulação de esforços, formação de parcerias estratégicas e definição de diretrizes em comum, por meio do estabelecimento de compromissos e ações conjuntas, com o objetivo de viabilizar o apoio a ações de fiscalização no âmbito de cada partícipe e a cooperação conjunta para estruturação e funcionamento de rede de relacionamento entre órgãos e entidades públicos voltada para a fiscalização e o controle da gestão pública. Cf. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Ministério Público. Acordo de Cooperação Técnica*, n. 10, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr5/coordenacao/acordos-tacs/docs_acordos/mpf-cnmp-economia/act-planejamento.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021.

¹⁴ *Idem*.

Prevenção e Combate à Corrupção (FOCCO-PE); PR – Rede de Controle da Gestão Pública no Paraná (RCGP-PR); RJ - Rede de Controle da Gestão Pública no Rio de Janeiro (RCGP-RJ); RO - Comitê Estado de Rondônia contra a Corrupção (CERCCO-RO); RR – Fórum Permanente de Combate à Corrupção de Roraima (Focco-RR); RS - Rede de Controle da Gestão Pública no Rio Grande do Sul (RCGP-RS); SC – Rede de Controle da Gestão Pública no Estado de Santa Catarina (RCGP-SC); SE - Fórum de Combate à Corrupção de Sergipe (FOCCO-SE); TO – Fórum Tocantinense de Combate à Corrupção (FOCCO-TO).¹⁵

No plano normativo, a partir da segunda década dos anos 2000 percebe-se com mais nitidez um movimento legiferante que passou a evidenciar a incorporação e aplicação dos princípios de governança pública no âmbito do Ministério Público, especialmente por parte do CNMP. Foram diversos atos normativos que recomendaram a adoção de preceitos como o planejamento estratégico (Primeiro Planejamento Estratégico Nacional do MP, editado pelo CNMP em 2011), a atuação interna e externa em rede, a concertação, a democracia interna e externa, a transparência, a consensualidade¹⁶ extrajudicial e judicial para solução eficiente das demandas, o uso de novas tecnologias e até a criação e execução de programas de integridade (*compliance*).¹⁷

Em 2019, foram incluídas perguntas avaliativas no relatório PEN-CNMP, referentes ao Objetivo: 1.3. Consolidar a atuação ministerial integrada e estimular a articulação interinstitucional, cujo Programa é a “Atuação integrada com instituições públicas e privadas no combate à corrupção e à improbidade administrativa”. As opções de resposta são: “Sim (ação com resultados definitivos); Parcialmente (ação com resultados preliminares); Há intenção formalizada; Não (não houve intenção formalizada); e Não se aplica (unidade não tem competência ou tem impedimento legal para sua execução)”¹⁸.

No mesmo ano, foi instituído o Programa de Integridade do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Portaria CNMP-PRESI nº 120, de 13 de agosto daquele ano, em cujos considerandos consta vasta fundamentação baseada no modelo da Governança Pública e que, além de definir o programa de integridade como um “conjunto estruturado de diretrizes e medidas institucionais de integridade voltados para a construção da cultura da integridade”, estabelece três eixos fundamentais: - Gestão e Governança; Ética, Controle e Transparência; e Cidadania e Integração.

Em 18 de abril de 2023, demonstrando sua expressa institucionalização da governança pública, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução n. 261/2023,

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Redes institucionais locais de combate à corrupção*: Relatório final do III Encontro Nacional sobre Cooperação para Prevenção e Combate à Corrupção - 25 e 26 de maio de 2017 (Cuiabá, MT). Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/242-institucional/comissoes-institucional/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/atuuacao/forum-nacional-de-combate-a-corrupcao-fncc/redes/redes-institucionais/8874-redes-institucionais>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

¹⁶ Fala-se aqui em consensualidade tanto na perspectiva de consenso-gestão (atividade-meio administrativa) – oposta à ideia de gestão sem participação democrática (PRATS I CATALÁ, Joan. Op. cit., p.131) – quanto na perspectiva do consenso obrigacional e sancionatório, no exercício da atividade finalística de combate à corrupção.

¹⁷ Para aprofundamento do tema, ver a Tabela 3, compilado de atos normativos sobre Nova Governança Pública no âmbito do MP nacional: Mazieiro, Rodrigo. *Ministério Público e governança pública no combate à corrupção*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Planejamento estratégico nacional*: Ministério Público 2020/2029: relatório final. Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: <https://cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/novembro/12-9-V09-A4-RelatorioCNMP-PlanejamentoEstrategico_2019-BX_1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2024.

que institui o Código de Ética do Ministério Público brasileiro, composto por 40 artigos, 20 princípios e valores éticos, divididos em 12 capítulos, o instrumento institui regras de conduta aplicáveis a todos os membros do Ministério Público brasileiro.

Por fim, corroborando o exposto até aqui, em 15 de agosto de 2024, foi apresentada ao Presidente do CNMP a Proposta de Resolução n. 4/2024, que institui as diretrizes para a elaboração do Programa de Integridade pelos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, e revoga a Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 6, de 12 de dezembro de 2023.¹⁹

A consensualidade como meio alternativo de solução de conflitos derivados da prática de atos de improbidade, seja ela para o estabelecimento de obrigações positivas e negativas por parte do agente ímprobo, seja para a pronta fixação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, passou a ser uma realidade baseada na *virada pragmático-científica* mencionada pelo Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, que visa a “nos libertar de discursos tonitruantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real” e em que “o empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas”²⁰. É que o modelo repressivo e judicializante de atuação do MP na defesa do patrimônio público, que vem sendo transposto ao modelo preventivo e consensual, é componente e resultante da chamada “Crise da Justiça Anticorrupção”, cuja ineficácia é confirmada pela análise empírica dos indicadores: número de ocorrências de improbidade administrativa registrado pela Instituição (inquéritos civis e procedimentos preparatórios) e índices de julgamento das respectivas ações (favorabilidade e números das Metas do Poder Judiciário).

Conforme já demonstrado há tempos por Alencar e Gico Júnior²¹, os dados de ineficiência do Sistema de Justiça no Brasil²² para a repressão e prevenção à corrupção são chocantes: a probabilidade de punição jurisdicional criminal e civil dos envolvidos com a corrupção é inferior a 5%.²³ Especificamente na área da improbidade administrativa, o mesmo estudo da FGV apontou que apenas 107 servidores demitidos administrativamente foram judicialmente acionados por improbidade administrativa (alguns, por mais de uma vez), o

¹⁹ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Propostas/PROP_RES_PROGRAMA_DE_INTEGRIDADE_RAMOS_UNIDADES_MP.pdf> Acesso em 1º out. 2024.

²⁰ Trecho de seu voto no HC 152.752. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=68&dataPublicacao=10/04/2018&incidente=5346092&capitulo=2&codigoMateria=3&numeroMateria=7&texto=7479765>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

²¹ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, Jan-Jun 2011, p. 75-98. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24041/22794>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

²² Sistema judicial é definido de forma ampla de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também promotores públicos, os advogados, os policiais etc.

²³ Adotando-se o indicador das condenações pelas instâncias oficiais, em casos de corrupção praticada por servidores públicos federais (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário), durante o período de 1993-2005, os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas fizeram uma listagem de servidores punidos administrativamente e compararam esses dados com outros dados judiciais para cada um dos servidores, em busca de processos cíveis ou penais, independentemente de terem sido concluídos ou não. Essa busca, que incluiu todas as Varas Federais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), abrangeu, também, os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração. No período de 1993 a 2005, foram identificados 687 servidores públicos demitidos, dos quais 246 (35,81%) por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) por casos de corrupção, estes, necessariamente, portanto, também tipificados como atos de improbidade administrativa.

que significa que apenas menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais por improbidade administrativa. Desse total ínfimo, resultaram apenas 13 condenações judiciais por improbidade administrativa, das quais somente 7 definitivas (com trânsito em julgado), sendo, portanto, o desempenho judicial do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa menor de 2%, pois a probabilidade de ser efetivamente condenado por improbidade administrativa é de apenas 1,59%!

Com semelhante intento, em 2015, foi publicada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ uma pesquisa relevantíssima, realizada em 2014, pela Universidade de Itaúna, intitulada “Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”²⁴, que identificou os seguintes fatores alarmantes: a) até dezembro de 2013, haviam 8.183 ações de improbidade (julgadas, pendentes de julgamento e novas ações), com maior concentração nas regiões Sudeste e Sul, com apenas 132 decisões com trânsito em julgado; b) tempo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o julgamento é de 4,24 anos e entre o ajuizamento e o trânsito em julgado o prazo médio é de 5,15 anos; c) apenas 1,65% dos agentes foram tornados inelegíveis; d) em 73,73% dos casos, o legitimado ativo autor da ação foi o Ministério Público; e) a liminar não foi concedida em 79% dos casos; f) a cautelar de indisponibilidade de bens foi deferida apenas em 13,49% dos casos; g) apenas em 4% dos processos analisados houve o ressarcimento integral dos danos; h) a sanção de suspensão de direitos políticos foi proferida em apenas 25,4% dos casos.²⁵

Em 2020, antes da entrada em vigor da Nova Lei de Improbidade, o número de ACPIAs (Ações Cíveis Públicas de Responsabilização por Improbidade Administrativa) distribuídas foi mais de 5 (cinco) vezes maior que o número de TACs firmados: foram 2.186 ações e apenas 541TACs, o que comprova, claramente, a prevalência do modelo demandista sobre o resolutivo-consensual. No mesmo período, as Metas do Poder Judiciário sequer eram cumpridas à metade: a Justiça Estadual apresentou percentual de julgamento de 45,30%, 256.492 processos distribuídos até 2017 e 116.188 julgados. Desses, 52.970 de 157.379 foram relativos à improbidade administrativa, o que resultou em 33,66% de julgamento, e 63.218 processos julgados de crimes contra a Administração Pública de 99.113 processos, 63,78% de julgamento. Em outras palavras, o modelo repressivo-judicializante é praticamente ineficaz, embora o Ministério Público não deva alijar-se do exercício da pretensão sancionatória perante o Poder Judiciário quando constatadas a materialidade e autoria de lesão ao erário ou de atos de improbidade administrativa, para os quais seja incabível ou contraindicada a consensualidade por meio de TAC ou ANPC, principalmente com base nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade dos direitos tutelados e do interesse público.

As alterações promovidas pela malfadada e questionadíssima Lei n. 14.230/2021 podem ser apontadas como uma das principais causas da redução do número de ações ajuizadas e de procedimentos extrajudiciais em curso, bem como pela preferência pela atuação consensual, sobretudo em virtude da extinção dos tipos culposos de improbidade administrativa e pela restrição hipotética do novo artigo 11 da LIA. No mais recente relatório informativo “Ministério Público: um retrato”, publicado em 2024, referente ao ano de 2023,

²⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Equipe Gregório Assagra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

²⁵ *Idem*, p. 31-76.

consta que o Ministério Público brasileiro instaurou 14.062 procedimentos extrajudiciais (inquéritos civis e procedimentos preparatórios) com o assunto improbidade administrativa, posicionando-se, pela terceira vez seguida, no segundo lugar do ranking temático. Foram encerrados no mesmo ano 17.149 procedimentos, dos quais apenas 1.608 resultaram em ações judiciais para responsabilização por improbidade administrativa e 1.720 resultaram em firmamento de TAC ou ANPC²⁶, o que demonstra, claramente, o início de uma transição da prevalência quantitativa de demandas judiciais em relação às soluções consensuais extrajudiciais por meio de TACs e ANPCs.

Como se não bastasse a ineficácia para a investigação, a persecução e a condenação dos agentes públicos e dos particulares ímprobos, surge um problema de igual gravidade: a parca efetivação das sanções, que, segundo o documento “Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: Manual e Roteiro de Atuação”²⁷, é a mais grave das impunidades.

Além da priorização da atuação preventiva²⁸, a consensualidade – para a fixação de obrigações de fazer ou não fazer, ou para a aplicação das sanções tipificadas no art. 12 da LIA – por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) ou do Acordo de Não Persecução Cível²⁹, pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa “Crise da Justiça Anticorrupção”, retirando do Poder Judiciário o monopólio sancionador e permitindo maior celeridade e eficiência para a repressão à improbidade administrativa e sua consequente prevenção em decorrência dos efeitos gerais e especiais, positivos e negativos.

Especificamente, o que se propõe é a possibilidade da estipulação de cláusula heterotópica (atípica) com a obrigação positiva da criação, execução e do controle de Programas de Integridade, para as instituições ou órgãos públicos em que seja constatada a prática de atos ilícitos ou nos quais haja riscos evidentes de tal ocorrência (gestão de riscos, *red flags*).

Embora a literatura especializada difira em minudências ontológicas sobre os programas de integridade (ou de *compliance*), inclusive com distinção semântica entre os próprios termos *compliance* e integridade³⁰, pode-se firmar uma raiz comum a todas, qual

²⁶ O documento não faz a distinção entre TAC e ANPC.

²⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação* – 2. ed. – Brasília: MPF, 2019.

²⁸ Para aprofundamento do tema, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 136-139.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

³⁰ Parte da doutrina expressa a diferenciação entre “programas de *compliance*” e “programas de integridade”, tendo segundos um grau de efetividade mais aprofundado que os primeiros, conforme discorre Wagner Giovaninni: [...] nunca se falou tanto no País em sistemas de *compliance*. Porém, a lei brasileira não está baseada no *compliance*, mas sim, na integridade. Esse conceito é mais abrangente que o primeiro, pois estabelece a necessidade de fazer o certo por convicção e não por imposição da lei. Ser íntegro pressupõe-se alinhamento com caráter, honestidade, ética, moral. Portanto, um mecanismo de integridade vai além de simplesmente cumprir leis e códigos, sendo, dessa forma, mais amplo que o *compliance* [...]” (GIOVANINI, W. Lei Anticorrupção ajuda o Brasil. *Jornal Estadão*, São Paulo. 14 maio 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-ajuda-o-brasil/>>. Acesso em: 15 maio 2021). Com base no documento Organization for Economic Co-Operation and Development, de 1996, Antônio Fonseca discorre que “O sistema de gestão com base em integridade tem seu foco em resultados/ações e efeitos a serem alcançados e não no comportamento que deve ser evitado”, enquanto que “O sistema de gestão com base em *compliance* tem seu

seja, a etimologia do substantivo inglês *compliance*, derivado do verbo *to comply (with)*, cuja tradução literal e teleológica é “estar de acordo com”, ou seja, em conformidade com algo e, para fins jurídicos, estar em conformidade com determinada ordem jurídico-normativa.

Sem pretensão de incursionar no largo histórico de normatização nacional e internacional sobre os Programas de Integridade, expressa e ineditamente previstos na ordem jurídica nacional pelo art. 7º, VIII, da Lei n. 12.846/2013 e especialmente pelo Capítulo V, do recente Decreto n. 11.129/2022, adotados como referencial normativo e conceitual do instituto³¹, vale dizer que foram especialmente previstos nas normas internas do próprio Ministério Público, que definem o Programa de Integridade como o “conjunto estruturado de diretrizes e medidas institucionais de integridade voltados para a construção da cultura da integridade”, vide texto da Portaria CNMP-PRESI nº 120, de 13 de agosto de 2019, que estrutura esses programas em três eixos fundamentais: Gestão e Governança; Ética, Controle e Transparência; e Cidadania e Integração, cada qual com uma série de ações imprescindíveis aos citados instrumentos, como: normatização e a respectiva comunicação, comprometimento da alta administração, canais de denúncia, procedimentalização, capacitação de pessoal.

O mesmo conceito é repetido integralmente na recentíssima Proposta de Resolução CNMP n. 4/2024, que vai além e estabelece princípios e diretrizes para a estruturação dos Programas de Integridade, bem como traça os objetivos a serem observados pelos ramos e unidades do MP nacional e define os pilares mínimos desses instrumentos de governança pública.

Resta, portanto, examinar a hipótese do estabelecimento consensual, por meio de TACs ou ANPCs, da obrigação da criação, execução e controle dos referidos Programas de Integridade pelas entidades e órgãos públicos sujeitos passivos de atos de improbidade administrativa, pressupondo-se as semelhanças, mas, principalmente, a diferenciação entre os referidos instrumentos.

foco na estrita aderência a procedimentos administrativos e regras (geralmente detalhadas na legislação), o que define o que o servidor público deve fazer e como. Código estruturado naquilo que não se deve fazer — *minimum standards (low road)*” (FONSECA, Antonio. Programa de Compliance ou Programa de Integridade: o que isso importa para o direito brasileiro? LAMBOY, Christian K. de (Coord.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Via Ética, 2018.). Parece ter sido esta a concepção adotada pelo CNMP, conforme a redação da Portaria CNMP-PRESI nº 60, de 5 de maio de 2021. De outro lado, há quem trate os dois institutos como sinônimos, como Ricardo Villas Bôas Cueva, que assim escreve: “Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência.” (Cf CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Org.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.53). No mesmo sentido do tratamento não diferenciador dado pela legislação brasileira, temos Gustavo Henrique Justino de Oliveira (Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; VENTURINI, Otavio. Programas de integridade na nova Lei de Licitações: parâmetros e desafios. *Consultor Jurídico - CONJUR*, São Paulo, 6 jun. 2021. Público e Pragmático.), concepção unitária está adotada na presente tese.

³¹ Por considerar o conceito do art. 56 do Decreto n. 11.129/2022 mais amplo e completo, cite-se: “Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.”

3. Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) e Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) na defesa do patrimônio público: entre semelhanças e diferenças, um necessário ajuste

Aparentemente, como leciona Emerson Garcia, acordo e indisponibilidade do interesse são institutos que “gritam quando se encontram” (*hurlent de se trouver ensemble*), porque “não se transige com o que não se pode dispor”. Entretanto, por razões de cunho teórico-normativo, cultural e, principalmente pragmático³², há casos concretos em que a potencial ou efetiva ruptura da ordem jurídica tem sido prevenida ou reprimida justamente a partir da consensualidade.³³

Sinteticamente, pode-se compreender a consensualidade como convergência de vontades em prol de um objetivo comum entre partes distintas, que pode se externalizar pela submissão, pela plena transação ou ainda por modelos híbridos de negociação de interesses.

Em se tratando de Direito Sancionador, no qual o Estado assume posição tríplice – garantidor da higidez dos bens jurídicos tutelados, aplicador monopolizado das sanções previstas para os casos de violação da ordem jurídica, e garantidor dos direitos fundamentais do infrator – e o infrator pode sofrer sanções restritivas de direitos insuscetíveis de plena disposição, prevalece a adoção dos modelos de consensualidade misto e da submissão, sendo bastante rara o tipo da plena transação, sobretudo em virtude da vigência dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade do exercício da pretensão sancionatória. Surgem, portanto, duas possibilidades: a *consensualidade de colaboração* e a *consensualidade de pura reprimenda*.

No campo específico da responsabilização por atos de improbidade administrativa, a redação original do artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, era absolutamente refratária à consensualidade e vedava qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação. Todavia, concretizando o movimento doutrinário e até jurisprudencial de interpretação sistêmica da norma proibitiva, com vistas a possibilitar a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) para a responsabilização dos agentes ímprobos, veio a lume a Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, que revogou o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, cuja eficácia durou apenas até 31 de maio de 2016, conforme Ato Declaratório n. 27, reestabelecendo-se, portanto, a proibição da consensualidade sancionadora em sede de improbidade administrativa.

Em que pese a inexistência de previsão legal específica, parte da doutrina defendia a possibilidade de utilização do TAC para instrumentalizar a consensualidade no plano da improbidade administrativa³⁴, o que foi encampado normativamente pelas próprias

³² O fundamento teórico-normativo da adoção da consensualidade no Direito Sancionador é a construção de um modelo de Governança Pública, em que a consensualidade é um de seus pilares principiológicos, fundado no Microsistema de Tutela Coletiva, que já previa, desde a década de 1990, a solução consensual das demandas; a razão cultural advém da necessidade de sincronismo com o modelo de administração pública da governança pública, que apresenta a priorização da prevenção e a consensualidade como vertentes; a razão pragmática é a empiricamente comprovada ineficácia do Sistema de Justiça para dar vazão às demandas de improbidade administrativa ou puro ressarcimento ao erário.

³³ 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*, Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

³⁴ Por todos: CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

instituições de controle legitimadas a promover a responsabilização por esses ilícitos, a exemplo da Recomendação n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público³⁵ e de diversas normas em cada Ministério Público³⁶, que possibilitava expressamente, § 2º de seu art. 1º, a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para a aplicação das sanções da LIA.³⁷

Ocorre que a sistemática do TAC, voltada exclusivamente para a adequação consensual das condutas à ordem jurídica potencial ou efetivamente lesada, não é típica do Direito Sancionador, em que pese a possibilidade de cominações para o cumprimento das obrigações – consensualidade periférica ou formal. A sistemática adotada pela Lei n. 7.347/85 (LACP) e pela Lei n. 8.078/90 (CDC) não é propriamente de Direito Sancionador, mas de Direito Civil obrigacional: conteúdo preventivo, de indenização, de recomposição ou de compensação dos danos. Não trata de restrição à esfera individual do infrator, ainda que haja sanção pecuniária cominatória. Ademais, à época da edição da mencionada Resolução no 179/17 do CNMP, só havia o TAC como instrumento de resolução alternativa.

Em 23 de janeiro de 2020, após o absurdo descarte do Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, elaborado por uma comissão de juristas, liderada pelo Ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça, e discutido democraticamente no Parlamento³⁸, entrou em vigor o chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), que, em consonância com o chamado Microssistema de Tutela do Patrimônio Público, extinguiu a proibição até então vigente e passou a prever expressamente a possibilidade de consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), sem, contudo, estabelecer balizas objetivas mínimas de conteúdo.

Finalmente, em 25 de outubro de 2021, veio a lume a Lei n. 14.230 – *Nova Lei de Improbidade Administrativa*, que promoveu sensíveis alterações na redação da Lei n. 8.429/92, e nela inseriu o art. 17-B, prevendo, definitivamente, o Acordo de Não Persecução Cível, cujo conteúdo mínimo fixado deve ser o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Tal estabelecimento encontra bases firmes em dois fundamentos: um sistêmico-normativo e um pragmático.

O fundamento sistêmico-normativo da criação do ANPC é a previsão expressa da consensualidade no chamado *Microssistema Anticorrupção*, composto pela Constituição da República no seu epicentro e por diversas normas infraconstitucionais (leis e Resoluções do CNMP e dos MPs) e supralegais (Convenção da Organização das Nações Unidas Contra

³⁵ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Resolução n. 179 de 26 de julho de 2017*: regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

³⁶ Regulamentação no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais: MPES - Resolução COPJ Nº 006/2014; MPAP – Resolução CSMP nº 002/2017; MPPR Resolução CSMP nº 01/2017; MPMG – Resolução CSMP nº 03/2017; MPPB – Resolução CPJ nº 019/2018; MPGO – Resolução CPJ nº 09/2018; MPRS – Provimento PGJ nº 58/2018; MPTO - Resolução CSMP nº 005/2018; MPMS - Resolução CPJ nº 06/2019; MPRN - Resolução CPJ nº 008/2019; MPMA - Resolução CPMP nº 75/2019; MPRO – Resolução CPJ nº 06/2019; MPAL – Resolução CPJ nº 11/2019

³⁷ Para análise aprofundada desse movimento de consensualidade na LIA, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A Defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do ministério público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 167-173.

³⁸ Esse Anteprojeto, anterior ao PL n. 10.887/2018, já previa o instituto do ANPC, nominado por Emerson Garcia, em paralelismo ao ANPP.

a Corrupção)³⁹ em sua órbita. O próprio preâmbulo da CR/88, embora desprovido de força normativa cogente, já indica o comprometimento principiológico do Texto com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e internacional (art. 4º, VII). Ainda no texto constitucional podemos apontar o princípio da razoável duração dos processos, aplicável no âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII), o princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e os princípios de Direito Coletivo (materiais e processuais), todos que exigem a solução que melhor atenda ao interesse público, ao menor custo social e de direitos fundamentais individuais possível. No plano infraconstitucional, diversas leis já previam a consensualidade sancionadora (exemplos: art. 28-A do CPP; art. 16 da Lei n. 12.846/13 e arts. 3º-A a 7º, da Lei n. 12.850/13) assim como a Resolução n. 179/17 do CNMP e diversas novas Resoluções dos MP Estaduais.

Por sua natureza e em decorrência da exclusividade do exercício da relativização do princípio da obrigatoriedade ser dos titulares da ação civil pública, o ANPC não é direito subjetivo do agente ímprobo, mas ato discricionário do titular da ação, tal qual ocorre com o benefício da Suspensão Condicional do Processo e do ANPP, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.⁴⁰

Por sua vez, o fundamento pragmático, de relevante consideração, é a demonstrada incapacidade do Sistema de Justiça de proporcionar a tutela repressiva e preventiva do patrimônio público minimamente satisfatória, à luz do mencionado microsistema, no que diz respeito à responsabilização por atos de improbidade administrativa, o que gera um círculo vicioso de impunidade e continuidade delitiva, a altos custos sociais – “Crise da Justiça”. É pressuposto lógico que o acordo seja mais vantajoso para o interesse público do que o ajuizamento da ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, levando-se em consideração fatores como a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias e a gravidade do ato ímprobo, assim como as vantagens para a coletividade na rápida solução do caso concreto, sopesando-se a provável duração do processo (em média 4,24 anos até a sentença condenatória e 5,15 anos até o trânsito em julgado)⁴¹, a efetividade das sanções e obrigações assumidas e o princípio da proporcionalidade, tudo a bem da máxima efetividade da tutela do patrimônio público.

O TAC e o ANPC apresentam algumas semelhanças, mas também substanciais diferenças, que devem ser levadas em consideração para sua correta e eficiente utilização. Assemelham-se em sua natureza jurídica (para parte prevalente da doutrina, ambos são acordos administrativos), parcialmente quanto aos legitimados ativos (MP e pessoa jurídica lesada são elencados como legitimados ativos do TAC no art. 5º da LACP e do ANPC no art. 17-B da LIA) e em sua procedimentalização administrativa. As diferenças substanciais são as hipóteses de cabimento e o objeto dessas espécies de acordo administrativo.

³⁹ A Convenção da ONU Contra a Corrupção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em caráter supralegal e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

⁴⁰ Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017. AgRg no REsp 1948350/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021; AgRg no RHC 152756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021; AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1816322/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/04/2021, DJe 22/04/2021; AgRg no RHC 130587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

⁴¹ GOMES JÚNIOR, op. cit. p. 37.

Diferentemente do TAC, insculpido fora do sistema sancionador, a natureza jurídica do ANPC não é tão tormentosa. Trata-se de acordo administrativo⁴², negócio jurídico bilateral e comutativo, de conteúdo material de consensualidade híbrida - de colaboração ou de pura reprimenda - com potencial processual, celebrado entre, de um lado, o Ministério Público e/ou a pessoa jurídica interessada e, de outro o agente ímprobo (agente público ou terceiro particular), no qual podem ser fixadas obrigações gerais e específicas, além, é claro, das sanções positivas (benefícios)⁴³ e negativas (aplicação das próprias sanções do art. 12 da LIA). De outro lado, Renato de Lima Castro⁴⁴ compreende o ANPC como um negócio “*sui generis*”, pela reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que o grau das sanções está adstrito à gravidade do injusto ímprobo, inadmitindo a absoluta liberalidade na negociação.

Assim como ocorre com o TAC, o potencial processual do conteúdo do ANPC se refere à possibilidade de veiculação de consensualidade das situações jurídicas processuais – *negócios jurídicos processuais* (arts. 190 e 373, §§ 3.º e 4.º, do Código de Processo Civil) – como, por exemplo: agente ímprobo acordante que, em troca de benefícios de redução das sanções por colaboração, renuncia a determinados prazos legais; negociação de um calendário processual; dispensa da audiência de conciliação, dentre outras possibilidades.

Finalmente, é imprescindível consignar que, a nosso juízo, após o estabelecimento normativo definitivo do ANPC pela Lei 14.320/2021, em casos de lesões potenciais ou efetivas ao patrimônio público, a consensualidade por meio de TAC reestabeleceu-se como exclusivamente obrigacional e ficou restrita a três hipóteses: (i) casos de atipicidade ímproba, ou seja, hipóteses que deixaram de ser tipificadas como improbidade administrativa após a vigência da Lei 14.320/2021 – danos culposos ao erário, ou violação de princípios fora das hipóteses dos incisos do art. 11 da LIA; (ii) casos de prescrição da pretensão sancionatória para atos dolosos de improbidade administrativa, para os quais caiba apenas o ressarcimento integral dos danos, vide Tema 897 do STF; e (iii) controle preventivo da administração pública e do patrimônio público, por meio do estabelecimento clausulado de obrigações de fazer ou não fazer que visem à não ocorrência de ilícitos, especialmente pela implantação de programas de integridade.

⁴² Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho assim conceituam o acordo administrativo: “O acordo administrativo pode ser tanto instrumento de ação pública, ao lado do ato e do contrato administrativos, como ferramenta de resolução de conflito, ocupando lugar no universo dos instrumentos de autocomposição de litígios, junto da mediação, da conciliação e da transação. O conteúdo teórico no qual estão inseridos os acordos administrativos é o da consensualidade.” BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.), BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil*. Teoria e Prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 91.

⁴³ A não aplicação ou redução quantitativa das sanções, bem como dilatações de prazos e outros aspectos formais são sanções positivas, que servem de incentivos ao agente ímprobo para que abra mão da benevolente e geralmente ineficaz persecução processual e aceite o firmamento do ANPC, com a célere e mais eficiente solução da lide.

⁴⁴ CASTRO, Renato de Lima. *Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa*. Artigo inédito. 2020.

4. Cláusulas típicas e atípicas nos TACs e nos ANPCs: a possibilidade de implementação consensual dos Programas de Integridade

Sob o pálio da implementação da Nova Governança Pública pelo MP, no exercício de sua atividade finalística de tutela do patrimônio público, a criação, execução e controle de Programas de Integridade, por meio de obrigações fixadas administrativamente pelo Parquet é passível de ser executada por diversos instrumentos. Pode ser levada a cabo por Recomendação⁴⁵, por Procedimento Administrativo⁴⁶ ou, como tratado especificamente neste estudo, por Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) ou por Acordo de Não Persecução Cível.

A hipótese de uma dicotomia entre *cláusulas típicas* e *atípicas* nos acordos firmáveis pelo Ministério Público na seara do Direito Sancionador, que reflete justamente o conteúdo de seus instrumentos consensuais TAC e ANPC, tem suas bases e fundamentos de validade nas disposições normativas do chamado *Microsistema Normativo Anticorrupção*⁴⁷, concebido como o conjunto de normas jurídicas brasileiras cujo objetivo é a prevenção e a repressão à corrupção (sentido amplo)⁴⁸, especificamente à improbidade administrativa.

Para os acordos na área do Direito Sancionador, sejam eles os Compromissos de Ajustamento de Conduta ou os Acordos de Não Persecução Cível, o §6º do artigo 5º da LACP e o §6º do artigo 17-B da LIA, combinados com o art. 3º da mesma lei e com o art.

⁴⁵ A Recomendação é instrumento administrativo de veiculação do exercício da função institucional do art. 129, II, da CR/88, nos termos do art. 6º, XX, da Lei Complementar n.º 75/93, que visa apontar uma ilicitude efetiva ou potencial e, por meio de sugestões, promover a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, com a fixação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, disposição que é extensível ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93. Segundo o art. 1º, da Resol. CNMP 164/17, “A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.” Portanto, plenamente possível a indução, via Recomendação, da implementação de um Programa de Integridade no âmbito da pessoa jurídica recomendada.

⁴⁶ Conforme o inciso II do art. 8º da Resol. CNMP 174/17, “O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a: (...) II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições”, o que lhe confere, por inferência racional, a aptidão de o MP por ele veicular, consensualmente com a Administração Pública, a implementação de um Programa de Integridade acompanhar sua execução.

⁴⁷ Defendemos a ideia da existência de um continente “*Microsistema Anticorrupção*”, que estabelece a tipificação, os sujeitos, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón Ernesto), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa. No primeiro corpo de normas, a Constituição da República fixa-se em seu epicentro, orbitada por diversas normas penais e extrapenais, materiais e processuais, como, por exemplo: Decreto-Lei 3.420/41; Código Penal; Código de Processo Penal; Lei n. 8.137/90; Lei n. 9.504/97; Lei n. 9.613/98; Lei n. 12.850/13 e as Convenções Anticorrupção das quais o Brasil é signatário. No segundo grupo, estão o microsistemas normativo extrapenal, também centralizado pela CR/88 e do qual se destacam a Lei n. 4.717/65; Lei n. 7.347/85; Lei n. 8.078/90; Lei n. 8.429/92, a Lei n. 12.846/13 e seu Decreto n. 11.129/22, Lei n. 12.527/11, Lei 13.303/16, Decreto n. 9.203/16 e a Lei n. 14.133/21.

⁴⁸ Segundo a concepção de Ernesto Garzón Valdés, corrupção é a “realização de uma conduta desconforme a uma função e ao correspondente dever funcional, à luz de um sistema normativo relevante, pela qual o agente utiliza-se da função e do poder que dela deriva em prol de interesses outros que não aqueles em favor dos quais a função foi instituída, e que, normalmente, materializam-se em benefícios econômicos” (tradução livre). VALDÉS, Garzón Ernesto. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997, p. 39-70).

83 do Código de Defesa do Consumidor, aliados aos princípios da não taxatividade e da máxima efetividade da tutela coletiva, representam a possibilidade do entabulamento de qualquer tipo de obrigação lícita nos acordos, para a mais eficiente tutela do bem jurídico e dos respectivos interesses transindividuais objetos de proteção pelo Ministério Público.

Para o TAC e para o ANPC, as respectivas normas expressas - §6º do artigo 5º da LACP e incisos e §6º do artigo 17-B da LIA - estabelecem um “piso de proteção”, um “mínimo de tutela”, viabilizando-se, portanto, e com base acima esposado, o estabelecimento de cláusulas típicas e atípicas, para instrumentalizar a mais eficiente defesa do patrimônio público. Justamente neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli preleciona que “(...) o compromisso de ajustamento de conduta constitui garantia mínima em prol da coletividade.”⁴⁹

O conteúdo de cada acordo, divisível em genérico ou específico, é formalizado por meio de suas respectivas cláusulas, que podem ser típicas ou atípicas. Genérico é o conteúdo que deve constar em todos os acordos, por tratarem de elementos ocorrentes em todos os casos resolvidos pela consensualidade: qualificação das partes, descrição pormenorizada dos fatos, individualização da conduta, tipificação da conduta, eleição de foro para demandas, prazos obrigacionais, descrição da vantajosidade do acordo, dentre outros. Específico é o conteúdo variável casuisticamente, de acordo com as circunstâncias fáticas de cada ocorrência, para cuja solução serão estipuladas as obrigações e sanções necessárias e suficientes para cessar a ilicitude, reprimir a conduta ilícita e prevenir a reiteração.

As *cláusulas típicas* veiculam obrigações e/ou sanções previstas expressamente no respectivo ato normativo que regula a matéria, como imprescindíveis à adequação da conduta à ordem jurídica e à adequada e proporcional repressão ao ato ilícito praticado.

De outro lado, as *cláusulas atípicas* são aquelas que externalizam obrigações adicionais às necessárias para a cessação da conduta ilícita, o retorno ao estado originário de licitude (ressarcimento dos danos e/ou perda de bens e valores) e a respectiva responsabilização (aplicação das sanções do art. 12, nos casos de ANPC).

Com base forte nos princípios desenhados alhures, é possível consignar-se a existência de um rol aberto de obrigações clausuláveis em acordos, firmáveis pelo MP na defesa do patrimônio público, o que compreende a plena possibilidade do estabelecimento da obrigação de fazer atípica, incomum, consistente na implementação de um Programa de Integridade, assumível pela pessoa jurídica lesada, na pessoa de seu gestor, para que sejam criados, desenvolvidos e monitorados “mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da referida pessoa jurídica, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas” (§ 6º do art. 17-B da LIA).⁵⁰

O conteúdo genérico dos TACs - além da qualificação das partes, da declaração de voluntariedade do comprometente e de atendimento o interesse público pela vantajosidade do consenso, dos considerandos com os fundamentos normativos - conforme o disposto

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, p. 93, 2006.

⁵⁰ “Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

§ 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.”

no §6º do artigo 5º da LACP, é o reconhecimento da ilicitude praticada e a assunção de obrigações de fazer ou não fazer com o objetivo de ajustamento da conduta ilícita às exigências legais. São as disposições consensuais de caráter geral, que devem constar em todos os acordos firmados entre os legitimados, em qualquer das possíveis hipóteses de utilização do instrumento. Significa o estabelecimento de obrigações que, embora digam respeito ao caso concreto, não tenham detalhes quanto ao seu objeto, como, por exemplo: alcance da responsabilização (instância de responsabilização); definição da competência territorial; cessação da conduta ilícita por obrigação de não fazer; obrigação de reparação integral dos danos, quando for o caso; obrigação de comunicação de alterações fáticas; prazo para cumprimento das obrigações; multa cominatória (*astreintes*); declaração de constituição e eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 585, inciso VI, do CPC.⁵¹

Por outro lado, o conteúdo específico dos TACs, variável casuisticamente, diz respeito às obrigações de fazer ou não fazer particularmente indispensáveis à correção da ilicitude, é dizer, determinadas obrigações de fazer ou não fazer necessárias ao retorno ao *status quo* de licitude, em similitude à tutela específica, prevista no art. 497 do Código de Processo Civil.

Para os TACs, no campo da defesa do patrimônio público, são *cláusulas típicas* aquelas que estipulem, exclusivamente, as obrigações de fazer ou não fazer tendentes à readequação da conduta ilícita à ordem jurídica, como por exemplo, em um caso de dano ao erário culposo por falha no sistema de contabilidade de uma Prefeitura, contratado diretamente via inexigibilidade, sem prova de dolo fraudatório: a obrigação de não mais utilização daquele *software* danoso pelo qual se operou o erro; a obrigação de rescisão do contrato de licença de uso de *software* ou de prestação de serviços do fornecedor; a obrigação de ressarcimento integral dos danos materiais e morais causados pelos agentes públicos e pelos particulares; a obrigação de licitação para a contratação de outro fornecedor.

As *cláusulas atípicas*, são aquelas que estipulam quaisquer disposições negociadas que extrapolem as ações ou omissões necessárias ao restabelecimento da licitude das condutas e à reparação dos danos eventualmente causados, mas que sirvam também à tutela do direito e dos interesses protegidos pelo MP, especialmente a preventiva. No caso exemplificado acima, poderiam ser fixadas, exemplificativamente, as seguintes cláusulas atípicas: obrigação de realização de auditoria, pelo controle interno, para demonstrar a extensão dos danos decorrentes das falhas; implementação de um Programa de Integridade pelo município lesado que, dentre outras funções, fosse capaz de identificar os possíveis riscos de contratações da mesma espécie, de estabelecer procedimentos confiáveis da gestão de dados do referido ente e de corrigir os defeitos da prestação de serviços, com a respectiva promoção das responsabilidades.

O mesmo se diga em hipóteses de atos de improbidade sobre os quais já se tenha operado a prescrição da pretensão de aplicação das sanções do art. 12 da LIA, casos em que é plenamente possível, além dos indisponíveis, ressarcimento integral dos danos e perda de bens e valores ilicitamente auferidos, entabular-se a obrigação de implementação de um Programa de Integridade no âmbito da pessoa jurídica lesada.

⁵¹ As obrigações genéricas quase sempre já decorrem dos comandos constitucionais e das legislações específicas, mas, assim como na Recomendação e no ANPC, entendemos que, em se tratando agentes ímprobos, nunca é exagerado rememorar o princípio da legalidade que deveria reger sua gestão, além de servir de fixador do dolo para todos os fins da responsabilização por descumprimento.

De outro lado, para os ANPCs, o conteúdo genérico diz respeito às disposições que devem estar presentes em todos os acordos firmados entre os legitimados, quaisquer que sejam o ato de improbidade ocorrido e suas consequências. Sobre o tema, ainda antes da publicação da Lei nº 14.230/2021, foram editados diversos atos normativos no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais do DFT, a exemplo da Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, do MPSP⁵²; da Resolução n. 003/2020-CPJ, do MPAP⁵³; da Resolução CPJ nº 01, de 22 de fevereiro de 2021, do MPGO⁵⁴; Resolução COPJ nº 09, de 13 de setembro de 2021, do MPES⁵⁵; do Provimento PGJ n. 16/2021, do MPRS⁵⁶.

Todo ANPC deve, portanto, conter, no mínimo, as seguintes cláusulas gerais: (i) a descrição da conduta ilícita, com suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local; (ii) assunção da responsabilidade pelo ato ilícito praticado por parte do acordante⁵⁷ - *confissão*; (iii) a cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito; (iv) a subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa; (v) o estabelecimento de prazo razoável para o cumprimento do quanto avençado, respeitados os limites impostos pela LIA, atentando-se para a necessidade de afastamento do risco da ocorrência da prescrição, inclusive mediante o ajuizamento de protesto judicial específico para esse fim; (vi) estabelecimento de multa cominatória (*astreintes*) para a hipótese de inadimplemento parcial ou total; (vii) oferecimento de garantias do cumprimento dos compromissos de pagamento da multa civil, de ressarcimento do dano e de transferência de bens, direitos e/ou valores, em conformidade com a extensão do pactuado; (viii) a obrigação do investigado de informar, prontamente, qualquer alteração de endereço, número de telefone ou e-mail e de comprovar, na periodicidade acordada, o cumprimento das obrigações ajustadas, independentemente de notificação ou aviso prévio; (ix) previsão de que a rescisão do acordo, por responsabilidade do celebrante, não implicará a invalidação do elemento de informação ou prova por ele fornecidos ou deles derivados.

⁵² Disponível em: <https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/resolucoes/1193compilado.pdf>. Acesso em 26 mar. 2022.

⁵³ Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco_publicacoes/2021_03/7e42ce95fb8ac70ca4596713cf18381b3021016.pdf>. Acesso em 26 mar. 2022.

⁵⁴ Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17_32_31_51_Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPJ_1_2021_ANPC.pdf>. Acesso em 16 mar. 2022.

⁵⁵ Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/2336e7cc-798d-4d8b-951c-402bee3367f9.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁵⁶ Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14578/>>. Acesso em 26 mar. 2022.

⁵⁷ Embora o novo art. 3º tenha suprimido a expressão “*ou se beneficia*” do texto legal, entendemos que, pelo princípio da isonomia e pela interpretação sistêmica, especialmente como o art. 17-C, VI, (“VI - considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas.”), isso não impede a responsabilização de quem não induza, não concorra, mas se beneficie do ato de improbidade. Seria, no mínimo, ilógico, à luz de um Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, minimamente eficiente para a proteção de direitos diretos fundamentais difusos, possibilitar-se a punição apenas de quem atua como autor ou participe de um ilícito, mas deixar impune quem dele se beneficia, sobretudo porque a LIA prevê também sanções de cunho eminentemente econômico, plenamente aplicáveis aos particulares que assim ajam – ressarcimento integral dos danos; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil; e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Respeitando posições contrárias⁵⁸, entendemos que a *confissão* deve ser rotulada como cláusula genérica obrigatória por, ao menos, duas razões fundamentais: (a) por pressuposto lógico da sistemática material e probatória da consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro; (b) pelas consequências sancionatórias nas distintas instâncias de responsabilização, especialmente na eleitoral.⁵⁹⁻⁶⁰

As obrigações genéricas de reparação integral do dano, quando for o caso (art. 17-B, I da LIA) e de transferência não onerosa, em favor da pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (art. 17-B, II), são decorrências lógicas do ilícito praticado, para o retorno da situação ao *status quo*. Enquadram-se como genéricas, porque são imprescindíveis em todos os casos de acordo relativos a atos que tenham causado dano ao erário ou importado enriquecimento ilícito.

A obrigação de cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito, embora juridicamente dispensável, em razão do evidente respeito ao princípio da legalidade, é importante mecanismo pedagógico de integridade e para a delimitação inescusável do elemento subjetivo do agente (*dolo normativo* como conhecimento do resultado ilícito).

As obrigações formais de fixação de prazo para adimplemento, de multa e de garantias são mecanismos cominatórios indispensáveis ao controle do cumprimento do acordo, sem os quais a eficácia e a atividade de fiscalização da avença ficariam seriamente prejudicadas.

⁵⁸ A regulamentação do ANPC feita pelo MPRS dispensa a confissão, em seu art. 6º, II, prevendo não ser condição obrigatória a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado.

⁵⁹ Por lógica sistêmica, não há como se conceber a submissão do agente improbo à aplicação imediata de sanções, previstas numa lei que dispõe sobre tipos de injusto específicos, com qualificação e regime jurídico próprios para os quais prevê a incidência das respectivas sanções, sem que ele reconheça a materialidade e a autoria desses próprios ilícitos. Por coerência orgânico-normativa, tal qual ocorre no Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A, do Código de Processo Penal), no Acordo de Leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/13) e no Acordo de Colaboração Premiada (art. 3º-C, § 3º, da Lei n. 12.850/13), principais instrumentos de negociação sancionatória que serve de parâmetro ao ANPC, não seria plausível que se negociassem as sanções sem que se reconhecesse a materialidade e a autoria do injusto correspondente. A confissão deve ser formal e circunstanciada, tanto para propiciar a proporcionalidade das sanções quanto para delimitar os fatos dos quais podem decorrer consequências diversas, como a delação de demais envolvidos, a indicação dos meios de prova para corroboração etc. A razão instrumental-probatória da confissão reside no fato de que ela pode gerar consequências relativas nas múltiplas instâncias de responsabilização que compõem o sistema jurídico sancionador brasileiro, especialmente no que diz respeito à Lei Complementar n. 64/90 – Lei da Ficha Limpa, a despeito do que dispõe o inconstitucional e inconveniente § 4º do art. 23 da LIA. Assim, no campo eleitoral, uma vez confessada a prática dolosa do ato de improbidade que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, e homologado o ANPC por sentença judicial com trânsito em julgado, há incidência direta da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC 64/90. A sentença homologatória do ANPC em que se reconhece expressamente materialidade e autoria do ato de improbidade ganha efeitos de decisão condenatória, com todos os seus consectários legais, inclusive para os fins de envio de informações à Justiça Eleitoral referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos, para inscrição no Sistema de Informações de Óbitos e Direitos Políticos – INFODIP, nos termos do art. 1º, II, da Resolução Conjunta CNJ/TSE n. 6, de 21 de maio de 2020.

Sem a confissão, não há a declaração da ocorrência do ato de improbidade, nem a imputação de sua prática a determinada pessoa, o que afastaria, por conseguinte, a especial incidência da inelegibilidade prevista na legislação eleitoral especial, tornando a confissão, portanto, *conditio sine qua non* para o firmamento do ANPC.

⁶⁰ A par de maior aprofundamento jurídico sobre o tema, entendemos que § 4º do art. 23 da LIA viola o princípio da proibição da proteção deficiente ou da tutela mínima anticorrupção, ao ferir o sistema de relativa interdependência entre as instâncias de responsabilização, inviabilizando a máxima efetividade da tutela do patrimônio público, contra as disposições expressas dos arts. 67, II e 386 do CPP, bem como 91 do CP e 584, II, do CPC. A inconveniente decorre da afronta aos arts. 1º; 5º, III e 28 da Convenção de Mérida.

Entendemos que todo ANPC deve conter uma cláusula resolutória, que estipule as consequências para os casos de resolução, perda do objeto ou rescisão do acordo, especialmente a proibição de invalidação dos elementos de informação e provas fornecidas pelo acordante ou deles derivada.

Por seu turno, o conteúdo específico, instrumentalizado por cláusulas específicas, diz respeito às disposições próprias de cada caso concreto, que vão além das determinações genéricas mínimas estabelecidas nos incisos do art. 17-B da LIA, ou seja, trata-se de um *plus* obrigacional (obrigações materiais e processuais) e sancionatório, para além do ressarcimento integral dos danos e da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, variável de acordo com cada caso concreto e suas especificidades. Trata, portanto, da variabilidade casuística dos “considerandos”, das obrigações e das sanções pertinentes a cada caso concreto, por meio de detalhamento circunstancial e especificação consequencial para cada hipótese de ato de improbidade administrativa, nos termos do que determina o art. 10, §§ 6º e 10-D, da LIA.

O estabelecimento obrigatório de sanções se aplica, a nosso sentir, apenas aos acordos de pura reprimenda, por dois motivos: (a) o art. 17-B não prevê expressamente a obrigatoriedade de sanções no conteúdo do ANPC e (b) como não há colaboração por parte do agente ímprobo, não há que se falar em contraprestação benéfica por parte do Estado – isenção total de sanções – mesmo porque, a LIA é norma de Direito Sancionador.

Retornado o cerne da hipótese tratada neste trabalho, é possível delinear como *cláusulas típicas* do ANPC, além das obrigações genéricas indispensáveis previstas nos incisos I e II do art. 17-B, as obrigações específicas que, nos casos de acordo de pura reprimenda, determinam a submissão imediata a uma ou mais de uma sanção prevista no art. 12 da LIA. Qualquer outra disposição que extrapole essas obrigações e submissões expressamente previstas em lei e suficientes à pronta repressão do ato de improbidade detectado, serão tidas como atípicas.

Serão, portanto, *cláusulas atípicas*, em qualquer espécie de ANPC – de pura reprimenda ou de colaboração – as cláusulas que estipulem a obrigação da implementação de Programas de Integridade, ou um ou alguns de seus mecanismos ou instrumentos, estampada no § 6º do art. 17-B da LIA. São atípicas para os ANPCs porque, embora possuam previsão expressa, o legislador apenas estabeleceu a possibilidade de seu entabulamento ao dizer que o acordo “*poderá contemplar a adoção*” de um programa de integridade, ao contrário do que fez nos incisos I e II do art. 17-B e do que ocorre com as sanções previstas no art. 12 da LIA, para os casos de acordo de pura reprimenda.

A implementação de Programas de Integridade por obrigação fixada consensualmente entre o MP e a pessoa jurídica lesada pode ser veiculada tanto por TAC quanto por ANPC, a depender do caso, como delineado acima.

O art. 56 do Decreto n. 11.129/22, que regula a chamada Lei Anticorrupção, embora se destine às pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública, nos fornece uma ótima concepção de que um Programa de Integridade, que pode ser aplicada às pessoas jurídicas e órgãos da própria Administração Pública e merece citação:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia

de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

- I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e
- II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Além disso, a norma traz uma imprescindível noção da dinâmica, inerente ao PI, que “deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”⁶¹

Portanto, estabelecidas essas linhas pela possibilidade de fixação, pelo Ministério Público, em cláusulas atípicas dos TACs e dos ANPCs, da obrigação de implantação, desenvolvimento e controle de Programas de Integridade, dirigida às pessoas jurídicas ou

⁶¹ E segue a norma, traçando os parâmetros necessários dos Programas de Integridade, que, embora anunciados para os fins de redução das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública, podem servir de referência para todos os fins, às próprias pessoas jurídicas de direito público componentes da Administração Pública:

“Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do *caput* do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

órgãos da Administração Pública, dotada de efeito preventivo e repressivo, prospecta-se cabe aos órgãos de execução, em coordenação normativa a ser feita pelo CNMP e pelos próprios Ministérios Públicos, exploraram esse potente mecanismo anticorrupção na gestão pública.

5. Considerações finais

1. O modelo clássico de tutela do patrimônio público praticado pelo MP, sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, ainda prevalentemente repressivo e judicializante, apesar de impulsionado, até muito recentemente, pela total inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade e pela ausência de meios alternativos - ou mais adequados - de resolução de conflitos sancionatórios, é manifesta e empiricamente ineficaz, gerador de uma *"Crise da Justiça"* para a responsabilização de agentes públicos e privados pela prática de atos de improbidade administrativa.

2. Apesar da louvável previsão legal expressa e definitiva do ANPC, a nova LIA não estabeleceu balizas objetivas mínimas e suficientes para o instituto, sejam elas formais ou materiais sancionadoras, o que reverbera em certa insegurança jurídica em sua compreensão e utilização, notadamente em contraposição ao TAC, o que torna necessária uma análise mais acurada e minudente sobre os aspectos teóricos e práticos desses acordos, com vistas à promoção eficiente da tutela repressiva e preventiva ao patrimônio público, especialmente pela possibilidade do firmamento de cláusulas atípicas de implementação de programas de improbidade, propostas pelo MP em relação à Administração Pública.

3. Sucedendo os modelos Patrimonialista, Burocrático e Gerencial de administração pública, o Ministério Público brasileiro atualmente também vem passando por alterações estruturais, de gestão e de desempenho funcional que expressam a institucionalização do modelo da Nova Governança Pública (NGP), ainda em constante desenvolvimento, baseado em 9 princípios e boas práticas fundamentais, porém não exaustivos: planejamento estratégico; atuação em rede; participação administrativa democrática; consensualidade; priorização da prevenção ao ilícito; coconstrução da gestão e das políticas públicas; *accountability/responsiveness*; transparência e integridade (*compliance*)

4. Além da priorização da atuação preventiva, a consensualidade para a fixação de obrigações de fazer ou não fazer, ou para a aplicação das sanções tipificadas no art. 12 da LIA, levada a cabo pelo Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) ou pelo Acordo de Não Persecução Cível, pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa *"Crise da Justiça Anticorrupção"*, retirando do Poder Judiciário o monopólio sancionador e permitindo maior celeridade e eficiência para a repressão à improbidade administrativa e sua consequente prevenção em decorrência dos efeitos gerais e especiais, positivos e negativos.

5. Especificamente, o que se propõe é a possibilidade da estipulação de cláusula atípica, com a obrigação positiva da criação, execução e do controle de Programas de Integridade, para as instituições ou órgãos públicos em que seja constatada a prática de atos ilícitos ou nos quais haja riscos evidentes de tal ocorrência (gestão de riscos, *red flags*).

6. Em se tratando de Direito Sancionador, prevalece a adoção dos modelos de consensualidade misto e da submissão, sendo bastante rara o tipo da plena transação, sobretudo em virtude da vigência dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade do exercício da pretensão sancionatória. Surgem, portanto, duas possibilidades: a *consensualidade de colaboração* e a *consensualidade de pura reprimenda*.

7. O TAC e o ANPC apresentam algumas semelhanças, mas substanciais diferenças que devem ser levadas em consideração para sua correta e eficiente utilização. Assemelham-se em sua natureza jurídica (para parte prevalente da doutrina, ambos são acordos administrativos), parcialmente quanto aos legitimados ativos (MP e pessoa jurídica lesada são elencados como legitimados ativos do TAC no art. 5º da LACP e do ANPC no art. 17-B da LIA) e em sua procedimentalização administrativa. As diferenças substanciais são as hipóteses de cabimento e o objeto dessas espécies de acordo administrativo.

8. Nos casos de lesões potenciais ou efetivas ao patrimônio público, a consensualidade via TAC é exclusivamente obrigacional e ficou restrita a 3 (três) hipóteses: (i) casos de atipicidade ímproba (ii) casos de improbidade com prescrição de pretensão sancionatória (iii) controle preventivo da administração pública e do patrimônio público, especialmente pela implantação de programas de integridade.

9. A hipótese de uma dicotomia entre *cláusulas típicas* e *atípicas* nos acordos firmáveis pelo Ministério Público na seara do Direito Sancionador reflete o conteúdo de seus instrumentos consensuais (TAC e ANPC) e tem fundamentos de validade nas disposições normativas do chamado *Microsistema Normativo Anticorrupção*. Para o TAC e para o ANPC, as respectivas normas expressas - §6º do artigo 5º da LACP e incisos do §6º do artigo 17-B da LIA - estabelecem um “piso de proteção”, um “mínimo de tutela”, viabilizando-se, portanto, e com base acima esposado, o estabelecimento de cláusulas típicas e atípicas, para instrumentalizar a mais eficiente defesa do patrimônio público.

10. As *cláusulas típicas* veiculam obrigações e/ou sanções previstas expressamente no respectivo ato normativo que regula a matéria, como imprescindíveis à adequação da conduta à ordem jurídica e à adequada e proporcional repressão ao ato ilícito praticado. As *cláusulas atípicas* são aquelas que externalizam obrigações adicionais àquelas necessárias para a cessação da conduta ilícita, o retorno ao estado originário de licitude (ressarcimento dos danos e/ou perda de bens e valores) e a respectiva responsabilização (aplicação das sanções do art. 12, nos casos de ANPC).

11. É possível afirmar que existe um rol aberto de obrigações clausuláveis em acordos firmáveis pelo MP na defesa do patrimônio público, via TAC ou ANPC, com a plena possibilidade do estabelecimento da obrigação de fazer consistente na implementação de um Programa de Integridade, assumível pela pessoa jurídica potencial ou efetivamente lesada, na pessoa de seu gestor, para que sejam criados, desenvolvidos e monitorados mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da referida pessoa jurídica, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas, cujo conteúdo mínimo está estabelecido paradigmaticamente no § 6º do art. 17-B da LIA, no Capítulo V do Decreto n. 11.129/22 e na Portaria CNMP-PRESI n. 120/19.

7. Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 75-98.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate aos ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei nº 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 111-127.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.), BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil*. Teoria e Prática. São Paulo: Almedina, 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

BOTTINI, Pierpaolo; DE SOUZA, Ricardo Inglez; DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A Nova Dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, jan.-jun./2013, p. 117-139.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005.

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed., revi. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. 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*, Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação* – 2. ed. – Brasília: MPF, 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZIEIRO, Rodrigo. *Ministério Público e governança pública no combate à corrupção*. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2024.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTO SOARES, Marcos José; ARAÚJO PEREIRA, Alexandre. Distinção entre Corrupção, Improbidade Administrativa e a Má Gestão da Coisa Pública. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 959, set./2015, p. 55-69.

VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva, *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.

_____; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In. *Ministério Público, constituição e acesso à justiça*. ALMEIDA, Gregorio Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

Ativismo judicial e política no Brasil: as mentiras sinceras são as que interessam

Judicial activism and politics in Brazil: the sincere lies are the ones that matter

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. Alguns casos emblemáticos: competição eleitoral e questões *interna corporis*. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

A Judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial continuam a ser temas de primeira grandeza no debate teórico nacional, havendo um certo consenso no sentido de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem uma postura ativista, o que gera um quadro de tensão entre a esfera política e o Judiciário. De todo modo, não é desprezível a contribuição da política para a ocorrência de tais fenômenos, ou seja, é pertinente pensar em que medida a judicialização e o ativismo judicial partem ou são incentivados pelo próprio campo político através de ferramentas processuais previstas na Constituição. Um breve inventário de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos parece demonstrar que as reações hostis do campo político ao ativismo judicial soam contraditórias, pois em algumas ocasiões a intervenção do Judiciário garantiu a sobrevivência de legendas e o equilíbrio da disputa eleitoral. Por outro lado, a defesa do Judiciário no sentido de que agiria nos limites do texto constitucional e apenas quando provocado também não se sustenta plenamente, uma vez que a transferência do debate político aos tribunais não encontra no ativismo judicial um resultado natural ou inarredável.

Abstract

The Judicialization of politics and social relations and judicial activism continue to be major themes in the national theoretical debate, with a certain consensus that the Brazilian Supreme Federal Court has an activist stance, which generates a framework of tension between the political sphere and the Judiciary. In any case, the contribution of politics to the occurrence of such phenomena is not negligible, that is, it is pertinent to consider to what extent judicialization and judicial activism originate from or are encouraged by the political field itself through procedural tools provided for in the Constitution. A brief inventory of cases judged by the Supreme Federal Court in recent years seems to demonstrate that the hostile reactions of the political field to judicial activism seem contradictory, since on some occasions the intervention of the Judiciary guaranteed the survival of parties and the balance of the electoral dispute. On the other hand,

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Brasil).

the defense of the Judiciary in the sense that it would act within the limits of the constitutional text and only when provoked is also not fully sustainable, since the transfer of the political debate to the courts does not find in judicial activism a natural or inescapable result.

Palavras-chave: Judicialização da Política. Competição eleitoral. Questões *interna corporis*.

Keywords: *Judicialization of Politics. Electoral competition. Internal corporate issues.*

1. Introdução

A Judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial continuam a ser temas de primeira grandeza no debate teórico nacional, com importantes reflexos práticos, sobretudo em razão da explosão de litigiosidade verificada a partir da Constituição cidadã de 1988, um fenômeno que está longe de encontrar sua exaustão.

Tal explosão pode ser explicada, dentre outras razões, pela internacionalização e multiplicação dos direitos humanos, pela crescente ampliação do acesso à justiça, pela adoção do regime democrático e a separação dos poderes e pelo reconhecimento de direitos políticos pelas Constituições (TATE e VALINDER, 1995).¹ Também o atual ambiente neoconstitucionalista, que aposta fortemente na efetivação dos direitos fundamentais por juízes e tribunais, contribui decisivamente ao aumento do fluxo de conflitos sociais e políticos ao Judiciário. Além disso, o texto de 1988 fortalece substancialmente o Poder Judiciário brasileiro, que passa a contar com autonomia administrativa e financeira (art. 99 da CRB/88), além de ampliar a legitimidade para o controle de constitucionalidade (art. 103) e destacar a relevância dos direitos sociais (arts. 6º e 7º) e dos remédios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, ação civil pública etc.), o que ocorre em paralelo ao fortalecimento de instituições jurídicas de controle e de defesa de tais direitos fundamentais (especialmente, o Ministério Público e a Defensoria Pública).

Entende-se por judicialização da política o fenômeno de expansão da esfera decisória do Poder Judiciário sobre assuntos normalmente afetos ao Legislativo e ao Executivo, ou seja, o processo de *transferência* das decisões sobre políticas públicas e direitos fundamentais dos parlamentos e gestores públicos para os juízes (TATE e VALINDER, 1995).² Já o ativismo judicial consiste no exercício expansivo de poderes por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, a partir de determinado *design* constitucional, sobretudo o papel da jurisdição constitucional, e de arranjos institucionais específicos (CAMPOS, 2011).

A rigor, saber se a judicialização e o ativismo judicial são movimentos deliberados da magistratura ou apenas resultados de um determinado desenho constitucional demanda uma reflexão histórica e geograficamente situada, a exigir análises que passam pela compreensão do modelo constitucional adotado (BARROSO, 2012), mas também pela compreensão dos

¹ Os autores apontam também, ao lado de tais fatores, a inefetividade das instituições majoritárias, o uso dos Tribunais pelos grupos de interesse, o uso do Poder Judiciário pelos partidos de oposição e a hipótese em que a formulação da política é claramente delegada ao Judiciário, o que se dá relativamente a temas difíceis ou polêmicos (TATE e VALINDER, 1995).

² DA ROS (2017) prefere falar não em transferência, mas antes em *sobreposição*, pois os conflitos não são inteiramente transferidos do campo da política para o Judiciário, havendo apenas a sua expansão ao Judiciário.

jogos estratégicos de elites políticas, econômicas e judiciais dispostas a assegurar os seus interesses e influência política por intermédio dos Tribunais (HIRSCHL, 2007). A pergunta é relevante e sua resposta depende da análise dos desenhos constitucionais construídos politicamente. No Brasil, por exemplo, a judicialização da política e das relações sociais é uma das apostas da CF/88, justificada pelo longo e duro período de ditadura-civil-militar, em que o Judiciário foi comprimido pela autocracia, mas também pela forte tradição judiciarista brasileira (Rui Barbosa, Francisco Campos, Oliveira Vianna etc.) e pelo *lobby* exercido por juízes e ministros do STF durante os debates constituintes, o que garantiu a manutenção de interesses corporativos do sistema de justiça (KOERNER e FREITAS, 2013; LIMA, 2018).

Embora distintos, há uma certa relação de circularidade entre os dois fenômenos, na medida em que a judicialização da política e das relações sociais ganha terreno e se desenvolve com o ativismo judicial, sendo o ativismo judicial um dos possíveis resultados de um processo crescente de transferência de temas normalmente afetos aos poderes majoritários aos juízes e Tribunais (judicialização).

Cabe aqui um breve parêntesis: há nos dias correntes certo consenso, fruto de uma visão de senso comum que é compartilhada por boa parte da literatura, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem uma postura ativista (CAMPOS, 2011; VALLE, 2012; BARROSO, 2012; DA ROS, 2017; CASSIMIRO e LYNCH, 2022; SPRICIGO, 2023), a começar do momento em que sua composição passa por profundas mudanças.³ CAMPOS (2011), por exemplo, a partir da análise da postura e de decisões do Ministro Gilmar Mendes, o extremo oposto do autocontido Ministro Moreira Alves, chama a atenção para duas dimensões do ativismo judicial no STF, que o autor vai denominar de dimensões (i) metodológica e (ii) processual, isto é, (i) a atitude interpretativa expansiva ou redutora de significados para muito além, ou aquém, do sentido literal e a aplicação direta de dispositivos constitucionais a situações não expressamente previstas na CF, sem a intermediação do legislador ordinário; e (ii) a ampliação, pela corte, de ações e recursos constitucionais postos à sua disposição, ou seja, a amplificação de instrumentos processuais.

As reações ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal vêm de todos os lados e das mais variadas fontes. O campo político, contudo, vem se mostrando especialmente contundente nas críticas a um comportamento de não contenção de nossa corte suprema. Por exemplo, em 2019, a Deputada Federal Chris Tonietto (PSL-RJ) encaminhou, com o apoio de muitos de seus pares, a PEC n. 88/2019 com o objetivo de permitir o controle pelo parlamento das decisões do STF que violem a competência exclusiva do Poder Legislativo.⁴ Para a Deputada, o STF tem assumido um protagonismo que não lhe cabe⁵ e a justificativa da PEC n. 88/2019⁶ invoca a cláusula constitucional da separação de poderes e a necessidade de independência e harmonia entre eles, o que estaria sendo violado pela postura ativista do Supremo. De acordo com a parlamentar, “o Poder Judiciário tem invadido (...) a competência

³ A partir de 2003, com as nomeações dos novos ministros, sobretudo pelos governos Lula e Dilma.

⁴ A proposta visa a alterar o art. 49 da CF, que trata da competência exclusiva do Congresso Nacional, nos seguintes termos: “Art. 1º. O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 49 (...) V – sustar os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário que exorbitem seu poder regulamentar, os limites de delegação legislativa, ou violem a competência exclusiva do Poder Legislativo.”

⁵ https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/05/interna_politica,760279/deputada-quer-limitar-poder-do-supremo.shtml. Acesso em 04.07.24.

⁶ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ae66h35k1f3j3g8pkdtwhmzp1822941.node0?codteor=1757802&filename=Tramitacao-PEC+88/2019. Acesso em 04.07.22.

do Poder Legislativo, passando então a legislar, contrariando também a vontade popular e (...) ferindo a democracia norteadora do Estado de Direito”,⁷ o que teria ocorrido, por exemplo, por ocasião do julgamento da ADPF n. 54, em que o Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto no caso de fetos anencéfalos.⁸

Vai na mesma linha o Projeto de Lei n. 4754/2016, que torna crime de responsabilidade a interferência na competência do Poder Legislativo pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.⁹ No caso, a justificativa também indica a ocorrência de usurpação das competências legislativas do Congresso pelo STF, o que não se verificava na década de 1950, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade, e estaria sendo incentivada pela recente doutrina jurídica que “tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário”.¹⁰

As reações ao ativismo judicial do Supremo não param por aqui. Além de propostas legislativas que visam a alterar o texto constitucional ou a legislação infraconstitucional, há também pedidos de *impeachment* formulados contra ministros do STF, especialmente contra o Ministro Alexandre de Moraes,¹¹ em razão da instauração do inquérito policial das *fake news* e da condenação do Deputado Federal Daniel Silveira por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo.

Os exemplos do que a literatura norte-americana vem denominando de *efeito backlash* são muitos e demonstram a tensão entre a esfera política e o Judiciário, o que vem se agravando num país cada vez mais dividido e polarizado. De todo modo, não é desprezível a contribuição da política para a ocorrência de tais fenômenos, ou seja, é pertinente pensar em que medida a judicialização e o ativismo judicial partem ou são incentivados pelo próprio campo político através de ferramentas processuais previstas na Constituição (ADI's, ADPF's, MI's etc.). De fato, é relevante perceber que os partidos políticos no Brasil fazem uma severa crítica à judicialização e ao ativismo judicial, mas, por exemplo, foram responsáveis pelo ajuizamento de mais de 300 ações no STF no primeiro ano da pandemia do Coronavírus: o PDT foi o partido que mais judicializou, com 49 processos, seguido da Rede Sustentabilidade, com 44, do PSB, com 43, do PT, com 42, e do PSOL, com 30. PSL e Novo ajuizaram 5 e 2, respectivamente, e PSDB e MDB propuseram 11 e 4 processos, respectivamente.¹²

O problema não passa despercebido do próprio Poder Judiciário, que se defende: o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, durante participação virtual

⁷ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=node01ae66h35k1f3j3g8pkdtwhmzp1822941.node0?codteor=1757802&filename=Tramitacao-PEC+88/2019. Acesso em 04.07.22.

⁸ ADPF n. 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, maioria, j. 12.04.12. A justificativa da PEC n. 88/2019 também menciona as discussões travadas na ADPF n. 442 (descriminalização do aborto), na ADO n. 26 (criminalização da homofobia) e no MI n. 4733 (equiparação da homofobia ao racismo).

⁹ Acrescenta o inciso VI ao art. 39 da n.º 1.079, de 10 de abril de 1950: “Art. 2º O art. 39, da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso 6º: “Art. 39 (...) 6. usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.”

¹⁰ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1443910&filename=Tramitacao-PL+4754/2016. Acesso em 04.07.22. Por 33 votos a 32, a maioria dos deputados da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara decidiu rejeitar proposta (Fonte: <https://www.camara.leg.br/noticias/755246-ccj-rejeita-proposta-sobre-impeachment-de-ministro-do-stf-que-usurpasse-poder-do-congresso/>). Acesso em 04.07.22).

¹¹ Em maio de 2022 tramitavam nada menos que 27 pedidos de impeachment contra ministros do STF, 12 deles contra Alexandre de Moraes (Fonte: <https://www.jb.com.br/pais/politica/2022/05/1037274-governistas-no-congresso-usam-caso-silveira-para-pressionar-por-impeachment-de-ministros-stf.html>). Acesso em 04.07.22).

¹² <https://veja.abril.com.br/politica/partidos-criticam-judicializacao-mas-entram-com-mais-de-300-acoes-no-stf/> Acesso em 20.08.24.

em seminário jurídico realizado em Lisboa, em novembro de 2022, criticou o processo de judicialização da política provocado pelo Congresso brasileiro que, em sua visão, resulta de os partidos políticos não resolverem questões relevantes “na arena própria”, por não desejarem “pagar o preço social” de suas decisões.¹³ Para Fux, o Supremo exerce “protagonismo judicial desnecessário” e “o Poder Legislativo coloca ‘no colo’ do Supremo a solução de várias questões que dizem respeito ao Parlamento, porque muitas vezes o Parlamento não quer pagar o preço social de uma deliberação”.¹⁴ Parte do campo político também está consciente do problema e tem atuado no sentido de demover a transferência de questões políticas ao Judiciário.¹⁵

A crítica do Ministro Fux não é destituída de base empírica, pois, de fato, como visto, os partidos foram os maiores demandantes no ano de 2019, superando a Procuradoria Geral da República,¹⁶ o que, em certa medida, decorre da ampliação da legitimidade para a provocação do controle direto de constitucionalidade (art.103 da Constituição).

Não parece ser um problema que as possibilidades de vitória judicial sejam remotas em alguns casos, mas soa contra intuitivo que um poder (ou seus integrantes) delegue a outro poder a decisão sobre temas relativos ao desenho de políticas públicas e direitos fundamentais, ou, mais grave, à sua própria e peculiar institucionalidade (estruturação, funcionamento, limites das discricionariedades etc.).

2. Alguns casos emblemáticos: competição eleitoral e questões *interna corporis*

O uso das vias judiciais pelo campo político vai encontrar variadas razões (DA ROS e TAYLOR, 2008; SANTOS, ALBUQUERQUE e ZUCCOLOTTO, 2017), dentre as quais destacam-se a defesa dos direitos das minorias, a pretensão de alterar a legislação ou conferir-lhe interpretação diversa, a busca de atenção pública para determinados temas, a criação de obstáculos à implementação de políticas públicas pelo governo, a exposição midiática atualmente proporcionada pela judicialização ou, simplesmente, pretensões eleitorais como a reeleição. Tal uso do Judiciário encontra incentivos nos baixos custos das ações e na facilidade de acesso ao STF, cuja porta de entrada é bastante larga em razão das amplas competências da corte (art. 102, CRB/88).

A história recente da judicialização da política no Brasil está repleta de exemplos de transferência aos tribunais de temas próprios do campo político pela própria política, a indicar que o Judiciário é “descoberto” como uma arena de disputa que, contraditoriamente, ajuda no incremento da legitimidade social de juízes e tribunais, dado o crescente repúdio

¹³ <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-critica-judicializacao-da-politica-ao-dizer-que-stf-precisa-resolver-questoes-do-congresso/>. Acesso em 20.08.24.

¹⁴ <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-critica-judicializacao-da-politica-ao-dizer-que-stf-precisa-resolver-questoes-do-congresso/>. Acesso em 22.03.23. Antes disso, em evento promovido pela FGV, em setembro de 2021, Fux já havia manifestado o seu inconformismo com a judicialização de assuntos relativos à política. Na ocasião o magistrado declarou que “toda vez que o Judiciário tem de intervir é porque é provocado. Políticos provocam a judicialização porque não conseguem fazer valer suas pretensões”. Já em evento realizado em julho de 2020, sob o patrocínio de uma instituição do mercado financeiro, o mesmo Ministro Luiz Fux criticou a judicialização da política e os partidos políticos por transferirem ao judiciário temas que deveriam ser decididos em outras esferas: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/15/interna_politica,872510/fux-diz-que-politica-que-provoca-o-judiciario-para-resolver-problema.shtml. Acesso em 20.08.24.

¹⁵ <https://veja.abril.com.br/columa/radar/o-apelo-de-lula-pelo-fim-da-judicializacao-da-politica/>. Acesso em 22.03.23.

¹⁶ <https://www.poder360.com.br/congresso/acoes-de-partidos-politicos-no-stf-superam-pedidos-da-pgr-em-2019/>. Acesso em 20.08.24.

da política por parte da sociedade e da mídia. A análise de alguns casos concretos que podem ser considerados paradigmáticos do modo de intervenção do Judiciário sobre a competição eleitoral e sobre questões *interna corporis* dos demais poderes confirmam o incentivo do próprio campo político ao empoderamento do Poder Judiciário e a seu ativismo, não obstante as reações hostis que este último poder recebe do Legislativo e do Executivo. Vejamos alguns desses casos.

No campo da competição eleitoral, o primeiro caso paradigmático sob a égide da Constituição de 1988, se não estamos enganados, diz respeito ao julgamento, em 2006, das ADI's 1.351-3/DF e 1.354-8, ajuizadas pelo PC do B, PDT e PSB, em que referidos partidos questionavam a constitucionalidade da denominada "cláusula de barreira" ou de "desempenho", ou seja, a exigência de que o funcionamento parlamentar das agremiações fosse lastreado pelo apoio de, no mínimo, 5% (cinco por cento) dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) do total de cada um deles. Os partidos-autores alegavam que tais exigências violariam o art. 17 da Constituição,¹⁷ argumento que foi acolhido pelo Supremo, de forma unânime. O curioso é que, mais de dez anos depois, o Ministro Gilmar Mendes diria que o STF errou na decisão sobre a cláusula de barreira: "Hoje muitos de nós fazemos um *mea culpa*, reconhecendo que esta foi uma intervenção indevida, inclusive pela multiplicação dos partidos".¹⁸

No ano seguinte, o STF julgaria outra questão delicada e com imenso impacto sobre o funcionamento do parlamento e dos partidos políticos, a polêmica tese da "infidelidade partidária" (Mandados de Segurança n. 26.602, 26.603 e 26.604). As ações foram ajuizadas pelo DEM, pelo PPS e pelo PSDB, e aqui a Corte, por maioria, acolheu o argumento de que a mudança de partido pelo parlamentar, no curso do mandato, acarreta a perda do direito de continuar a exercer o mandato político, com a consequente recomposição do número de cadeiras originais em favor da agremiação. Tal hipótese de perda de mandato não está prevista no art. 55 da CF,¹⁹ mas o Supremo entendeu ser a fidelidade partidária um "corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal".

Ainda no campo da disputa política, talvez o caso mais polêmico e com maiores potencialidades de desgaste entre o STF e a política seja o sigiloso inquérito das *fake news*, instaurado em 2019 e cujo objeto, atualmente, é indeterminado. Como já tivemos a oportunidade argumentar em outro momento,²⁰ dá-se aqui um "namoro" entre a esquerda

¹⁷ "Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)".

¹⁸ <https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira/>. Acesso em 26.08.24.

¹⁹ "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado".

²⁰ <https://jornalggn.com.br/cidadania/o-ativismo-judicial-e-a-esquerda-no-brasil-por-rogerio-p-alves/>. Acesso em 26.08.24.

e o ativismo judicial, que havia sido interrompido pelo *lawfare* lavajatista e seus heróis de ocasião: o Presidente da República agradece publicamente ao Ministro Alexandre de Moraes pelos relevantes serviços prestados à democracia; o Ministro Gilmar Mendes, decano da Corte Suprema, dá as cartas novamente nos bastidores dos processos de nomeação de personagens centrais do sistema de justiça (o PGR, por exemplo). Ocorre que o inquérito das *fake news*, para usar a expressão de um ilustre jurista que defendeu habilmente sua juridicidade, gera um imenso “constrangimento epistemológico”, pois reúne na figura do juiz, escolhido a dedo, também a do investigador e a do acusador, em atropelo ao sistema acusatório. O Supremo Tribunal Federal, em uníssono, defende a constitucionalidade das investigações sigilosas, num movimento de sobrevivência política bastante compreensível, mas que, como dito, gera profundos atritos com o campo político, sobretudo o campo da extrema-direita.

Sobre a intervenção em assuntos *interna corporis* há também casos emblemáticos de ativismo judicial STF deflagrados pelos próprios partidos políticos.

Em 2005, o Supremo, provocado pelos então Senadores Pedro Simon (PMDB-RS), Jefferson Péres (PDT-AM), Demostenes Torres (PFL-GO), Efraim Morais (PFL-PB), Jorge Bornhausen (PFL-SC), José Jorge (PFL-PE) e José Agripino Maia (PFL-RN), determina à Presidência do Senado que designe parlamentares do grupo minoritário (minoridade legislativa) a comporem a denominada “CPI dos Bingos” (v. MS n. 24.849), entendendo a Corte, por maioria, que o tema extrapolaria os limites *interna corporis* do parlamento. Na prática, a Comissão somente foi instalada por determinação do Supremo, não obstante, ser a criação de CPI’s uma das funções mais características do parlamento, e não do Judiciário.

Em dezembro de 2016, ainda sob a influência de um dos momentos mais tensos da história recente do país, o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Roussef, o Ministro Marco Aurélio, atendendo a pedido feito pela Rede Sustentabilidade, determina o afastamento do Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, sob o argumento de que réus em processos criminais em curso no STF não poderiam ocupar a presidência das mesas congressuais. A decisão liminar foi olímpicamente descumprida pela mesa diretora do Senado e gerou severas críticas do parlamento ao Supremo, que, posteriormente, revogaria a liminar (MC na ADPF n. 402/DF).

O STF também teve papel decisivo no processo de eleição das mesas diretoras da Câmara de Deputados e do Senado, proibindo a reeleição (ADI n. 6.524, julgada em 2020 e proposta pelo PTB)²¹ e impondo, num primeiro momento, publicidade à referida votação (MS n. 36.169, impetrado pelo Senador Lasier Costa Martins – PSD/RS).²²

Embora a tensão tenha lugar, sobretudo, na relação entre o Supremo e o Congresso, há um caso recente e emblemático de embate com o Executivo relativamente ao poder discricionário do Presidente da República de nomear seus ministros de Estado, uma prerrogativa constitucional (art. 84, I): em 2016, também sob os influxos do golpe parlamentar que levaria ao *impeachment* da ex-Presidente Dilma Roussef, o Ministro Gilmar Mendes defere liminar requerida pelo PSDB e pelo PPS para impedir a nomeação de Lula ao cargo Ministro

²¹ O pedido foi julgado parcialmente procedente para vedar a recondução de membro da Mesa para o mesmo cargo, na eleição imediatamente subsequente, que ocorre no início do terceiro ano da legislatura, reafirmando-se a jurisprudência no sentido de que a vedação não tem lugar em caso de nova legislatura, situação em que se constitui Congresso novo.

²² A decisão foi suspensa pela Presidência do STF e posteriormente o mandado de segurança perdeu seu objeto.

Chefe da Casa Civil, sob o argumento de que a nomeação visaria a deslocar o foro criminal competente para o STF e salvaguardar eventual ação penal em curso na primeira instância (13ª Vara Federal de Curitiba). Em sua decisão, invocando os princípios da impessoalidade e da moralidade e a controversa tese de “desvio de finalidade” e apoiando-se em divulgação ilícita de interceptação telefônica de conversas travadas entre a Presidenta da República e Lula,²³ o relator suspendeu a eficácia da nomeação e determinou a manutenção da competência da justiça de primeira instância para o processamento dos procedimentos criminais. O mesmo entendimento, agora em atendimento a requerimento formulado pelo PDT, seria invocado para impedir, em abril de 2020, a nomeação do Delegado Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.²⁴

Conclusão

O breve percurso que fizemos até aqui não é exaustivo e o seu único objetivo foi o de relembrar, com alguns saltos e simplificações, um pouco da história recente das tensões entre o STF e o campo político, o que está longe de cessar. Naturalmente, futuras pesquisas poderão aprofundar o exame das causas de tal fenômeno (forte fragmentação partidária; imaturidade democrática e falta de *fairplay* político; a tradição judiciarista brasileira; o ambiente cultural do neoconstitucionalismo instalado a partir da década de 1990; a reengenharia produzida no STF por Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes etc.).

De todo modo, é indubitado que os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial são potencialmente produtores de tensões entre o Poder Judiciário e os demais poderes e muitas vezes catalisam reações sociais inflamadas, algumas passionais e até violentas, com reflexos sobre o equilíbrio da democracia e do próprio tabuleiro político.

Num momento em que o país vive intensa polarização social e política, o que se soma a uma complexidade social crescente, marcas do contemporâneo num país forjado sob o signo das desigualdades sociais, a judicialização da política e das relações sociais parece ser um caminho natural e inevitável, dada a crença difundida – e diuturnamente negada pela *praxis* – de que o Judiciário seria um poder neutro e que decidiria a partir de critérios técnicos. Tal movimento, contudo, não deixa de ser contraditório, uma vez que a judicialização é um processo de simplificação dos conflitos sociais e políticos à linguagem e ao método judiciais, que comprimem a participação social, dado que o seu objeto não é o conflito em si, mas a pretensão que o legitimado veicula ao Judiciário.

Retomando o fio de nossa exposição, o inventário de casos que fizemos acima parece demonstrar que as reações hostis do parlamento ao ativismo judicial do Supremo soam contraditórias, pois em algumas ocasiões a intervenção do Judiciário, provocada pelo próprio campo político, garantiu a sobrevivência de legendas e o equilíbrio da disputa eleitoral. Por outro lado, a defesa do Judiciário no sentido de que agiria nos limites do texto

²³ “Antes de progredir, é indispensável avaliar a possibilidade de o diálogo entre a Presidente da República e Luiz Inácio Lula da Silva travado na tarde do dia 16.3, 13h32, poder ser invocado para demonstração dos fatos. A validade da interceptação é publicamente contestada, por ter sido realizada após ordem judicial para a suspensão dos procedimentos. De fato, houve decisão determinando a interrupção das interceptações em 16.3.2016, às 11h13. A ordem não foi imediatamente cumprida, o que levou ao desvio e gravação do áudio mencionado. No momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato” (trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes na MC em MS n. 34.071).

²⁴ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442298&ori=1>. Acesso em 26.08.24.

constitucional e apenas quando provocado também não se sustenta plenamente, uma vez que a transferência do debate político aos tribunais não encontra no ativismo judicial um resultado natural ou inarredável. De fato, a história do STF antes da Carta Política de 1988 é marcada mais pela autocontenção do que pelo ativismo. A rigor, o ativismo judicial aumenta o capital político da corte, seu prestígio social e visibilidade, garantindo à magistratura a manutenção e a reivindicação de prerrogativas, vantagens funcionais etc.

Um risco nada desprezível da judicialização provocada pelo próprio campo político é promover o deslocamento do valor democracia para o valor justiça, esvaziando a própria importância da política na construção da democracia e na fabricação de direitos, apagando, enfim, a história social dos direitos fundamentais e dos arranjos democráticos. Outro risco é a excessiva politização do Poder Judiciário, que é um poder político, mas que pode se transformar, no limite, numa bancada partidária de oposição ou de sustentação do governo.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco Alves. *O ativismo judicial e a esquerda no Brasil*. In: <https://jornalggn.com.br/cidadania/o-ativismo-judicial-e-a-esquerda-no-brasil-por-rogerio-p-alves/>. Acesso em 26.08.24.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Sy] Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: *As novas faces do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Podium, 2011.

CASSIMIRO, Paulo Henrique; LYNCH, Christian. *O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos. Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano (ed.). *Sociologia Política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS e CEGOV, 2017, p. 57-97.

_____; TAYLOR, Matthew M. *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*. Dados, Rio de Janeiro, Vol. 51, n. 4, 2008, p. 825-864.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. New York: Harvard University Press, 2007.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo*. Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na assembleia constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, vol. 63, n. 2, maio/ago. 2018, p. 145-167.

SANTOS, Antônio Henrique Pires dos; ALBUQUERQUE, Maria Alice Venâncio; ZUCCOLOTTO, Vinícius Rodrigues. O judiciário como caminho estratégico para os partidos. *Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR*, vol. 5, n., 2017, p. 195-222.

SPRICIGO, Carlos Magno. *A retórica da hipertrofia judicial: neoconstitucionalismo e o esvaziamento da democracia no Brasil*. Curitiba: Editora Íthala, 2023.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. *Laboratório de análise jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 15-40.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico

insino

mccc

Direito das minorias

Emerson Garcia*

Sociedades pluralistas, próprias de ambientes democráticos, são direcionadas pelo relativismo de interesses, ideologias e projetos, o que atribui à Constituição a tarefa de realizar “a condição de possibilidade da vida comum.”¹ O pluralismo é infenso a hegemonias, permitindo o aflorar de individualidades tão distintas quanto incompatíveis entre si. No bojo dessas individualidades, algumas tendem a dar origem a posições majoritárias, em que considerável parcela do grupamento se identifica com as pautas e os valores adotados, enquanto outras formam posições minoritárias, prestigiadas por parcelas reduzidas do mesmo grupamento. A existência de minorias, fruto do pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito, da personalidade individual e da autonomia da vontade, permite que se fale em um “direito das minorias”.²

De modo algo paradoxal, não é incomum, mesmo em ambientes democráticos, que maiorias, no plano quantitativo, sejam dominadas por minorias, o que pode decorrer de uma pluralidade de fatores, a exemplo do poder econômico, de questões culturais ou mesmo da maior capacidade de organização, daí resultando uma primazia de ordem qualitativa. Além disso, não deve ser descartado o uso da força. O direito das minorias não é direcionado às minorias dominantes, que já têm o poder ao seu dispor, mas, sim, às minorias dominadas.

Na África do Sul, a colonização branca, de origem holandesa (meados do século XVII) e, posteriormente, britânica (início do século XIX), estabeleceu uma intensa separação de ordem cultural, social e religiosa com a maioria negra. Em 1902, após inúmeros conflitos armados, a África do Sul, composta por quatro colônias (Cabo, Natal, Transvaal e Estado Livre de Orange) e três protetorados, passou a ser, efetivamente, possessão britânica, detendo, no entanto, plena autonomia em seus assuntos internos. Nesse contexto, as quatro colônias aprovaram o *South Africa Act* e, em 1910, constituíram a União Sul-Africana, país independente no âmbito da *Commonwealth* (Comunidade Britânica de Nações). A partir de 1924, exacerbou-se o nacionalismo e estabeleceu-se a discriminação, nas relações de emprego, em favor dos trabalhadores brancos. Os casamentos inter-raciais foram proibidos a partir de 1927. Em 1948, chega ao poder o Partido Nacionalista, cujo programa de governo era o *apartheid* (*rectius*: identidade separada): era a legalização da segregação racial com dominação branca. A institucionalização do *apartheid* significou uma separação visceral entre brancos e negros, alcançando não só a distinção dos direitos civis e políticos atribuídos a esses grupos, como, também, o domínio cultural, isto com a criação de empresas jornalísticas e emissoras de rádio e televisão voltadas a cada etnia. Em face da intensa pressão interna e externa, a África do Sul iniciou o seu isolamento da sociedade internacional: em 1961 retirou-se da Comunidade Britânica de Nações e, em 1974, foi expulsa da Organização das Nações Unidas. Somente

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

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992 (12ª reimp. de 2010), p. 9-10.

² Cf. GARCIA, Emerson. Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023, p. 159.

no início da década de noventa do século XX iniciou-se, com o Presidente Frederick de Klerk, o processo de abolição do *apartheid*. Em 1994, foram realizadas as primeiras eleições multirraciais da história da África do Sul e, em maio do mesmo ano, Nelson Mandela, líder do partido vitorioso e preso político por vinte e sete anos, assumiu a Presidência da República. Ao fim desse processo, a África do Sul foi readmitida na Comunidade Britânica das Nações e na Organização das Nações Unidas. A estratégia utilizada por Mandela ao assumir o poder, como amplamente retratado em livros, filmes e documentários, não foi a retaliação, mas a integração com o grupo outrora opressor.

É evidente que a simplicidade que o reducionismo semântico traz consigo não se projeta no alcance que o direito das minorias realmente representa. Afinal, basta observarmos que em todos os planos relacionais do ambiente sociopolítico teremos minorias, o que é influenciado por fatores como raça, opção sexual, língua, religião e cultura. Mas, para que um grupo possa ser verdadeiramente representativo de parcela dos interesses de um povo, podendo receber o designativo de minoria, é necessário que esteja de algum modo conectado a ele, o que normalmente se dá pela tradição, o que possibilita a sedimentação desse liame. A partir dessa constatação, questiona-se: o direito deve tão somente reconhecer a sua existência ou deve avançar e criar condições adequadas para que se desenvolvam e possam adquirir, em igualdade de condições, o *status* de maioria? As minorias que granjeiam a simpatia e o respeito da maioria tendem a evoluir; já as minorias que despertam a cizânia e o despreço tendem a enfrentar dificuldades que principiam na convivência e se desdobram na formação da vontade política e na correlata produção normativa. Quanto às últimas, a neutralidade do Estado em relação às suas pautas pode, no extremo, levar à sua extinção.

A neutralidade indica uma postura de imparcialidade, o que impede a adesão explícita ou o apoio a qualquer das posições existentes. Contextualizando essa concepção no âmbito do Estado e de sua produção normativa, tem-se a necessidade de serem igualmente respeitadas as distintas posições que se insiram no plano da juridicidade, com a correlata impossibilidade de qualquer delas receber tratamento diferenciado.³ A igualdade formal, nesse caso, não se compromete com a construção da igualdade material. Em extremo oposto, temos a normatização de discriminações positivas com o objetivo de atenuar a real posição de inferioridade de certos grupos. É o que os anglo-americanos denominam de *reverse discrimination* e os alemães de *umgekehrter Diskriminierung*, indicando o favorecimento dos membros de um grupo historicamente inferiorizado, o que normalmente se dá às expensas ou em detrimento de grupos que, historicamente, ocupam uma posição de preeminência. As ações afirmativas, expressão utilizada pela primeira vez no direito norte-americano, mais especificamente na *Executive Order* nº 10.925, de 6.3.1961, subscrita por John F. Kennedy, têm sido largamente utilizadas com esse objetivo.

As minorias podem ser formadas por nacionais ou mesmo por súditos de outro Estado soberano, o que, no âmbito do direito internacional público, sempre gerou debates em relação à legitimidade, ou não, de serem adotadas medidas direcionadas à sua assimilação pelo Estado dominante. Nessa seara, as primeiras iniciativas de natureza protetiva foram direcionadas à liberdade religiosa. O Tratado de Vestfália, assinado em 24.10.1648 e que tinha como partes o Sacro-Império Romano-Germânico, os outros príncipes alemães, a França

³ Cf. GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. 2ª edição. Editora Fórum, 2023, p. 33.

e a Suécia, pôs fim ao conflito com aquela potência e, entre outras medidas, reconheceu a soberania dos Estados envolvidos, a possibilidade de cada governante germânico definir a religião em seu território, além de reconhecer que o calvinismo estava amparado pela juridicidade, o que permitiu alianças entre os Estados que o adotavam e os católicos.

No período imediatamente anterior à criação da Liga das Nações, em 1919, embrião remoto das Nações Unidas, o direito dos tratados abrangia o denominado *direito material das minorias*, veiculado nos tratados de paz com os países derrotados na Primeira Guerra Mundial; nos tratados celebrados pelos principais aliados para ampliar o território ou criar novos países; e alguns tratados bilaterais. Os celebrantes acordavam que o monitoramento de certos compromissos (v.g.: o direito de manter a prévia nacionalidade; a proibição de discriminação; a liberdade de crença e religião; e o direito ao uso da própria língua) ficaria a cargo da referida organização.⁴ No âmbito da organização interna, essa atividade ficava a cargo do Conselho da Liga das Nações, seu principal órgão, cuja atuação poderia ser provocada por qualquer Estado ou pessoa, o que, em relação à última, não só consagrava o acesso direto ao órgão de monitoramento, como estava na vanguarda do mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Para que uma reclamação fosse inserida na agenda do Conselho, era necessário que um de seus membros anuísse a isso, sendo que o procedimento a ser adotado pelo reclamante, surpreendentemente, não previa a necessidade de exaustão das vias internas. Para evitar a sobrecarga do Conselho, foram estabelecidos comitês de três membros para uma filtragem inicial.⁵ Foi inevitável, no entanto, que questões de geopolítica passassem a influir nas decisões do Conselho, aliás, em um quadro bem semelhante àquele que viria a se instalar no âmbito da Organização das Nações Unidas, instituída em 1945 e que sucedeu a Liga; aliou-se a isso o fato de países como Polônia (1934) e Romênia (193) negarem-se a apresentar novos relatórios a respeito das políticas afetas às minorias. Apesar da derrocada dessa Organização, não se pode deixar de observar, com Kovács⁶, que o seu principal legado foi a mudança de percepção a respeito do que se deve entender como pertencente apenas à jurisdição doméstica.

Com o surgimento da ONU, prevaleceu o argumento de que o mecanismo de monitoramento dos direitos das minorias seria desnecessário, considerando a aprovação de tratados internacionais que tinham por objeto a proibição do genocídio e da discriminação racial, além da proteção dos direitos humanos. Some-se a isto a tese de que haveria risco de a proteção das minorias desestabilizar Estados, conduzir à intervenção em assuntos domésticos e encobrir o revanchismo territorial.⁷ Apesar dessa retração, isto não impediu que as Nações Unidas capitaneassem a adoção de atos de direito internacional direcionados às minorias, a exemplo da Declaração de Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992 (UN Doc A/Res/47/135), e da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 (UN Doc A/Res/61/295). Nesses documentos, foi conferida ênfase à autoidentificação dos indivíduos, por se verem como membros de uma minoria.

No âmbito regional, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, ao proibir a discriminação, dispôs em seu art. 14 que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na

⁴ Cf. KOVÁCS, Péter. *The Protection of Minorities under the Auspices of the League of Nations*. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 328-329.

⁵ Cf. KOVÁCS. *The Protection of Minorities...*, p. 331.

⁶ *The Protection of Minorities...*, p. 340.

⁷ Cf. KOVÁCS. *The Protection of Minorities...*, p. 335.

presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação".

A Constituição brasileira de 1988 utiliza o significativo *minoria* em apenas duas oportunidades: ao assegurar que os líderes da minoria, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, juntamente com os líderes da maioria, tenham assento no Conselho da República, órgão de consulta do presidente da República (art. 89, IV e V). Apesar da não utilização desse significativo, o art. 58, §1º, certamente é sensível ao pluralismo, e necessariamente às minorias que a partir dele se formam, ao dispor que, na constituição das mesas e de cada comissão do Congresso Nacional e de suas casas, deve ser assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva casa. A exigência de proporcionalidade também se apresenta na fixação do número de deputados e na representação, por estado e pelo Distrito Federal, de modo correlato à população (art. 45, §1º); e na composição da comissão representativa do Congresso Nacional durante o período de recesso, que deve ser proporcional à representação partidária (art. 58, §4º).

Em uma perspectiva mais ampla, a só existência de direitos fundamentais, sem distinguir entre aqueles que são mais caros à maioria ou à minoria, já evidencia a necessidade de que ambas sejam prestigiadas. É possível afirmar que a funcionalidade básica da constitucionalização desses direitos busca, em última *ratio*, limitar a liberdade de conformação das maiorias ocasionais, formadas a cada ciclo eleitoral, o que é essencial justamente para a proteção das minorias.

Referências

GARCIA, Emerson. *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

_____. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. 2ª edição. Editora Fórum, 2023.

KOVÁCS, Péter. The Protection of Minorities under the Auspices of the League of Nations. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 325.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992 (12ª reimp. de 2010).

Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino

Luiz Edson Fachin*

1º de março de 2024, 19h40.

Reformas e atualizações são necessárias.

Os Códigos Civis oitocentistas não encontram mais lugar na contemporaneidade. A força da legalidade constitucional, as transformações sociais, a expansão das leis especiais, impõem uma mudança na compreensão sobre os objetivos da codificação civil.

Sob o ponto de vista normativo, o Código Civil se consolida como diploma legal destinado às normas gerais, sem prejuízo do disposto em lei especial.

As relações entre particulares se sujeitam, hierárquica e estruturalmente – e de modo direto –, à normatividade advinda da Constituição da República.

Mas o sentido referencial do Código Civil para a compreensão da disciplina normativa do Direito Privado remanesce, o que faz avultar o desafio de construção de uma codificação que esteja, sempre, em sintonia com as demandas de seu tempo.

Há, porém, limites estruturais e textuais. A tarefa hermenêutica precisa da norma formal a interpretar. A insuficiência textual e estrutural pode reduzir a relevância do Código, e dificultar a construção de sentido, limitando-o, e o condenando à obsolescência.

Daí porque reformas são, de tempos em tempos, necessárias.

O exemplo das extensas reformas pelas quais passaram diferentes livros do BGB nas últimas décadas revela a inevitabilidade desse desafio; de igual modo, assim o fez a recente reforma do Direito das Obrigações na França, entre 2016 e 2017.

É nessa linha que se pode afirmar que a segurança jurídica que se espera de uma codificação é aquela que não se compraz da cristalização estática. Diversamente, exige o diálogo entre o passado e as demandas do presente, como um cavaleiro de duas épocas. Daí porque uma reforma precisa se pautar em princípios regentes, que emergem da ordem constitucional, da qual advém a normatividade do sistema.

O Código Civil do século 21 é aquele da sociedade democrática, dos direitos fundamentais, da proteção da pessoa humana, do desenvolvimento socioambiental e, portanto, da realização dos valores constitucionais; deve contemplar a liberdade em suas múltiplas expressões, tanto a garantia essencial dos espaços de liberdade negativa, quanto a chancela da liberdade positiva, na definição, pelas pessoas em relação, dos rumos de suas vidas, e a promoção da liberdade substancial, que assegura as condições efetivas para a realização de escolhas.

A reforma do Código Civil Brasileiro, cujos trabalhos até aqui realizados pelas subcomissões e pelos relatores gerais têm apontado para esse rumo, encontra no Código Civil e Comercial da Argentina exemplo de diploma legal coerente com essas demandas.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor titular de Direito Civil.

Destaca-se, de modo especial, o recente Código Civil e Comercial da Nação Argentina, capitaneado por Ricardo Luis Lorenzetti, a servir como inspiração para aperfeiçoamento do Direito Civil brasileiro.

O exemplo da codificação argentina é revelador. É preciso coerência sistemática com os princípios que estão no Código e ao conjunto mais amplo que decorre da Constituição e dos Tratados e Convenções Internacionais.

Exemplo disso é o artigo 1º do Código Civil:

“Artículo 1º. Fuentes y aplicación:

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. (...)”

A norma se reporta à Constituição e às convenções internacionais, a demonstrar que a proteção dos direitos humanos se faz em perspectiva dotada de universalidade, a demandar, por parte do aplicador do Direito, o controle de convencionalidade das normas e de sua interpretação.

No Brasil, cabe lembrar, nos termos da própria Constituição, os tratados podem ser incorporados ao ordenamento jurídico com força jusfundamental, como ocorreu, por exemplo, com a Convenção de Nova York sobre as pessoas com deficiências.

A importância dos direitos humanos avulta, no Código Civil argentino, também com ênfase no artigo 2º, que define a interpretação das normas de acordo com os tratados internacionais.

A proteção à pessoa humana é fio condutor que perpassou as preocupações do legislador. Nessa linha, ao tratar dos direitos da personalidade, o CC argentino, no artigo 51, trata da inviolabilidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está, ainda, plasmada na preocupação do Código Civil argentino quanto às diretivas antecipadas de saúde, também presente nos trabalhos realizados pela Comissão de Reforma do Código Civil brasileiro:

“Artículo 60. Directivas médicas anticipadas

La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad.

(...)

Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. (...)”

O Código argentino também se preocupa com a proteção da pessoa frente às novas tecnologias, ao vedar alterações genéticas em embriões que se transmitam à descendência. Basta ver o respectivo artigo 57 sobre práticas proibidas.

A necessária disciplina jurídica das novas tecnologias, nas incertezas e na velocidade das transformações contemporâneas, deve se dar de modo que estas sirvam à dignidade da pessoa humana, mesmo no contexto do denominado transumanismo.

As fronteiras entre corpo e máquina tendem a se diluir, como se já constata, desde o uso de um marcapasso, de próteses, até chegar em implantes cerebrais, que podem demandar futuras respostas no campo dos chamados neurodireitos.

Nesse *brave new world*, dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade são postas à prova, impondo ao Direito a construção de respostas que assegurem a instrumentalidade das tecnologias a serviço da pessoa humana.

O cuidado com a pessoa frente às novas tecnologias está presente no desenvolvimento do anteprojeto de reforma do CC brasileiro, no livro até aqui denominado de Direito Digital, cujas disposições, na verdade, transcendem a própria designação, para alcançar, de um modo geral, os desafios tecnológicos.

Também as situações jurídicas patrimoniais sofrem o influxo da complexidade e da volatilidade, a impor, para a preservação da pessoa, disciplina coerente com as necessidades daí derivadas.

A disciplina dos contratos, no Código Civil, precisa partir do reconhecimento de seu lugar como norma geral em uma sociedade complexa. O desafio não é de fácil enfrentamento.

O caráter geral da norma pressupõe um lugar ao qual se assentam elementos de unidade, que, sem embargo, não devem descurar, em tempos complexos, da pluralidade de demandas que advêm de diferentes relações sociais e econômicas, bem como, sobretudo, diferentes sujeitos.

Daí a importância de distinguir contratos paritários e simétricos daqueles que demandam proteção a contratantes vulneráveis.

Na Argentina, o Código Civil distingue relações de consumo e contratos civis. No ordenamento brasileiro, a existência de um Código de Defesa do Consumidor, decorrente (sempre cabe lembrar) de comando constitucional, visando a assegurar direito fundamental à proteção do consumidor, impõe ao Código Civil, em regra, a circunscrição ao espaço dos contratos civis e empresariais. O Código Civil se aplica às relações de consumo apenas em caráter subsidiário, sem prejuízo do diálogo das fontes, quando a regra civil for mais benéfica ao consumidor – sendo certo que a unidade do sistema é produzida pela centralidade da Constituição.

As vulnerabilidades não se restringem, porém, às relações de consumo, implicando o necessário exame em concreto, a afastar a presunção de simetria, como um dos elementos de realização de sua função social.

A função social é também vetor fundamental. A complexidade das relações contratuais impõe o reconhecimento de que a dimensão funcional dos contratos atende às peculiaridades dos sujeitos, do objeto e da natureza dos contratos.

A função social interna se vincula a direitos fundamentais e liberdades das partes; a função social externa se define pelo atendimento aos interesses coletivos, sob a égide da existência digna e da solidariedade; ambas adquirem sentido em concreto a partir das características de cada relação contratual.

Quanto aos interesses coletivos, destaca-se, de modo especial, a urgência da proteção ao meio-ambiente.

O Código Civil da Argentina contém norma geral, em seu artigo 14, a vedar o exercício abusivo de direitos, assim qualificado como aquele que afeta o meio-ambiente ou aos direitos de natureza coletiva:

“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.”

É um bom caminho a seguir.

A multifuncionalidade da responsabilidade civil é mais um imperativo.

Em especial, destaca-se a função preventiva da responsabilidade civil. A reposta reparatória não é bastante para assegurar os direitos da cidadania – destinatários do Código Civil – a não sofrer danos.

Não é a responsabilidade civil apenas a resposta ao ilícito lesivo perpetrado: trata-se de instituto destinado a assegurar também a higidez dos direitos, evitando, o quanto possível, a sua violação.

Nessa linha, exemplar é o comando do artigo 1.710 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina sobre a prevenção dos danos.

A regra é exemplo de como o legislador contemporâneo pode oferecer à responsabilidade civil um papel de efetivo instrumento de prevenção de danos.

Institui, ainda, o dever de ressarcimento por despesas preventivas. Trata-se de regra que dá efetividade à prevenção: se aquele que deveria evitar o dano não o faz, quem pratica as medidas necessárias em seu lugar tem o direito de ser reembolsado.

O Código Civil e Comercial argentino vai além, prevendo regra sobre a ação preventiva – que guarda relação com a ação inibitória prevista na lei processual brasileira.

A previsão de uma tutela inibitória no âmbito da responsabilidade civil é coerente com esse instituto do Direito Civil.

Também quanto às titularidades é cabível a atualização que contemple o século 21.

Novas formas de pertencimento já foram, em alterações legislativas, incorporadas ao Código Civil brasileiro.

Também aqui a funcionalização social tem espaço relevante.

No Código Civil argentino, ainda que não sob a égide do exposto conceito de função social, o já citado artigo 14 assegura a harmonização entre os interesses individuais do proprietário e os interesses coletivos.

No Brasil, destaca-se, no anteprojeto em construção, proposta na qual se deixa claro que a propriedade obriga, em termos claramente inspirados na Constituição alemã. Com efeito, função social não é mero limite. A função é contributo, é prestação, que se dirige ao coletivo, mas, também, à realização do bem-estar de proprietários e trabalhadores, assegurando o acesso indispensável à liberdade substancial.

Um Código Civil que contemple a liberdade é, necessariamente, um Código que se ocupa também com as condições concretas para o seu exercício, permitindo, por meio do acesso, a realização de *escolhas valorosas* (na expressão de Amartya Sen).

O tratamento jurídico das relações de família também deve se ordenar pelos imperativos que derivam da complexidade das relações familiares.

A pluralidade familiar merece efetiva concretização da legislação infraconstitucional, em linha com aquilo que se consolidou na jurisprudência do STF, em sede de controle de constitucionalidade.

A igual dignidade entre as entidades familiares é imperativo constitucional. Igualdade que deve importar, porém, respeito à diferença, sobretudo quanto à abertura a escolhas que possam afastar efeitos de normas dispositivas.

Um Direito de Família plural é o amálgama entre igualdade, liberdade, e respeito às identidades pessoais. Não há família de segunda classe.

Paternidade e maternidade socioafetivas recolhem a complexidade da vida em relação, a cancelar os vínculos parentais.

O respeito ao melhor interesse dos filhos também é comando constitucional a ser contemplado pela legislação civil.

O Código Civil da Argentina, no artigo 651, traz importante exemplo a esse respeito, ao definir que o cuidado pessoal dos filhos deve ser compartilhado, sendo excepcional a atribuição desse cuidado sob a forma unilateral.

A igualdade de gêneros passa por assegurar a ambos os genitores responsabilidades perante os filhos. É a autoridade parental compartilhada (ou cuidado compartilhado, como prefere o Código Civil argentino).

São, pois, alguns exemplos com os quais se ilustram os vetores principiológicos que informam a codificação civil argentina, e que, em frutífero diálogo, também perpassam os trabalhos de construção do anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Filosófico

Sigu
ilil
sileiro

Rug Barbosa

Eladis Bevilacqua

Breve estudo filosófico sobre a finitude humana

Adolfo Borges Filho*

Sumário

1. Introdução: o enigma da morte. 2. Pensadores gregos que se tornaram precursores de uma *filosofia da morte*. 3. Refletindo sobre a finitude humana. 4. Conclusão: as religiões como paliativos da consciência da finitude humana. A fé. Referências bibliográficas.

Resumo

O propósito principal deste breve estudo é o de refletir sobre a finitude humana com base na filosofia.

Abstract

The main purpose of this short study is to reflect on the finitude of human life based on philosophy.

Palavras-chave: A finitude humana. Filosofia da Morte. A fé.

Keywords: *The finitude of human life. Philosophy of Death. The faith.*

1. Introdução: o enigma da morte

A partir de um certo estágio de nossas existências, o pensamento da *morte* se torna mais frequente e, ao mesmo tempo, assustador. Difícil precisar em que momento ele ocorre porque tudo depende do subjetivismo próprio de cada ser humano. De qualquer forma, o envelhecimento agrava esse medo porque, enquanto o indivíduo jovem vislumbra um futuro longo pela frente, com um passado ainda inconsistente, o idoso, ao contrário, tem um passado longo para recordar e um futuro que, a cada dia, lhe parece mais curto. Fato é que uma vez conscientes dessa realidade, um temor reverencial se apodera de nossos espíritos e, dependendo da pessoa e de suas características de personalidade, o pensamento pode se transformar em obsessão causando prejuízo ao nosso próprio desempenho na vida que levamos.

Interessante observar que na infância, na adolescência e, mesmo, na idade adulta, que poderíamos chamar de “intermediária”, a morte não nos aflige tanto porque se liga mais à *alteridade*: quem morre é o *outro*. E esse *outro*, sejam parentes próximos sejam amigos íntimos, tem um peso infinitamente maior do que aquela morte anunciada pela mídia social, em todas as suas modalidades, que pode nos levar a um choque passageiro, dependendo do nível de admiração que o morto desperta na nossa psique. Falo de atores,

* Pós-graduado em Filosofia pela UCB. Procurador de Justiça inativo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vice-diretor da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor emérito da FEMPERJ.

atrizes, desportistas ou pilotos de fórmula 1, que desaparecem de seus palcos de atuação e recebem homenagens especiais caindo, tempos depois, no esquecimento.

Habitamos nos dias de hoje um mundo mais frio no que diz respeito ao contato humano. Com o espantoso crescimento da IA e de seus conseqüências como o *smartphone*, as pessoas estão mais afastadas, dando preferência a conversas por meio de textos, muitos deles recheados com a promessa de um encontro pessoal futuro que, na maior das vezes, vai sendo procrastinado até entrar no esquecimento. Não é incomum observarmos, em mesas de restaurantes, clientes debruçados sobre um *smartphone* ao invés de estarem atualizando conversas e se olhando verdadeiramente. O “outro” se torna invisível. Como assinalado por Byun-Chul Han:

A dominação do regime de informação é ocultada, na medida em que se funde completamente com o cotidiano. É encoberta atrás da complacência das mídias sociais, da comodidade das máquinas de busca, das vozes embalantes das assistentes de voz ou da oficiosidade prestativa dos *smart apps*, os aplicativos inteligentes. O *smartphone* se revela como um *informante* eficiente, que nos submete a uma vigilância duradoura. (Han, 2022:16)

Ao qualificar o *smartphone* como um *informante eficiente*, é fato comum a interrupção do usuário com notícias trágicas vindas de todas as partes do país e do mundo. O título da notícia é sempre claro e, na maioria das vezes, a palavra *morte* aparece como chamariz de uma tragédia que acabou de acontecer. O leitor processa internamente a notícia e, se estiver acompanhado, costuma fazer um breve comentário sobre o que leu. Em pouco tempo, caso as vítimas não sejam publicamente conhecidas, a notícia “morre” aguardando um novo acontecimento. Todos esses tipos de atitude se acham situados no terreno do *afeto*, sentimento que parece desaparecer, paulatinamente, do mundo atribulado que vivenciamos.

O medo da morte, ao mesmo tempo que nos aflige, colide em muitos seres humanos com uma contradição muito bem realçada pela Dra. Ana Claudia Quintana Arantes:

Muita gente tem medo da morte. E me espanto quando vejo como vivem: bebem além da conta, fumam além da conta, trabalham além da conta, reclamam além da conta, sofrem além da conta. E vivem de um jeito insuficiente. Gosto de provocar dizendo que são pessoas corajosas. Têm medo da morte e se apressam loucamente em encontrá-la. (Arantes, 2022:68)

Nos itens seguintes, discutiremos resumidamente sobre como alguns filósofos trataram do tema *morte*, dedicando o último deles às crenças paliativas, fundadas principalmente na fé, quanto à existência de um mundo *post-mortem*.

2. Pensadores gregos que se tornaram precursores de uma *filosofia da morte*

O grande filósofo alemão Arthur Schopenhauer mostrou ao mundo a sua preocupação acerca do tema a ponto de escrever um livro inteiramente voltado aos mistérios que envolvem o final da vida humana sobre a terra e intitulou-o “Sobre a morte - pensamentos e conclusões sobre as últimas coisas”.

O ser humano é o principal protagonista desse mistério graças ao nível de consciência de que é dotado. Ele sabe que vai morrer e, como já dissemos acima, dependendo de circunstâncias subjetivas e objetivas, pode ser tomado por um medo passageiro ou mesmo duradouro tendo como conteúdo a sua finitude. Encontramos esse medo, de forma mais rude, em todos os outros seres vivos. Veja-se que até mesmo um inseto se vê ameaçado quando tentamos persegui-lo na busca de seu aniquilamento. Mas, na hipótese do ser humano, a *morte* é uma presença marcante que, em geral, é simbolicamente representada por uma figura de caveira com trajes negros e segurando uma foice.

Voltando a Schopenhauer, destacamos da obra supracitada um excerto bem interessante e elucidativo versando sobre o relevante lugar ocupado pela morte na filosofia grega que, segundo o filósofo alemão, perpassa toda a filosofia:

A morte é o verdadeiro gênio inspirador ou o Muságeta da filosofia, razão pela qual Sócrates também a definiu como *thanatou meliète* [preparação para a morte]. De fato, sem a morte, seria até difícil filosofar. Por isso, é perfeitamente legítimo que uma consideração especial sobre a morte seja colocada aqui, no início de nosso último livro, que é o mais sério e o mais importante de todos. (Schopenhauer, 2023: 3)

Com base no artigo “O ciclo da vida”, escrito por Lya Luft para a revista VEJA 2388, de 27 de agosto de 2014, no *handout* de aula “Discussão acerca da morte a partir de Platão, Sócrates e Epicuro”, a escritora reiterou o que já havia sido dito por Schopenhauer ao falar de Sócrates:

De Platão (428-347 a.C) a Heidegger (1889-1976), a tradição filosófica é repleta de teorias e ensinamentos sobre a morte, tema tão amedrontador quanto instigante. Schopenhauer (1788-1860), um dos mais ilustres pensadores alemães do século 19, chega ao ponto de afirmar que “a morte é a musa da filosofia” e, por isso, Sócrates definiu a filosofia como “preparação para a morte.” Sem a morte, seria mesmo difícil que se tivesse filosofado.

Ainda no âmbito da filosofia grega, ponha-se em destaque o pensamento de Epicuro que, segundo o professor Bernard N. Schumacher:

A separação da alma e do corpo com o falecimento não quer dizer, para Epicuro, que a alma continue a existir em si, como afirmam Platão e, segundo algumas interpretações, Aristóteles. Corpórea, pois é composta de átomos e, portanto, mortal, a alma se dissolve na hora da morte, seus

átomos se dispersando em todos os sentidos. Assim, a alma “morta” está impossibilitada de ter sensações. (Schumacher, 2009:193)

Retomando a linha de pensamento de Sócrates, se não existisse a morte, o que seria da metafísica, por exemplo? No kantismo, elaboram-se formas ou leis que constituem a razão como fundamento de realidades que se acham num nível superior do conhecimento humano como a totalidade cósmica, Deus ou a alma humana etc. No artigo publicado pelo professor Eduardo Nasser (“Cadernos de Filosofia Alemã” - número 11, p. 99-11, janeiro-junho 2008, página 7), intitulado *Nietzsche e a morte*, aponta-se para a distinção que o filósofo alemão faz da “morte covarde” da “morte voluntária”. Na lição do autor supracitado, “A morte covarde” pode ser definida, em poucas palavras, como a experiência da morte como um ‘acaso’, cujo efeito imediato é o desejo de morrer. Nesse caso, deseja-se morrer porque se morre. A falta de longevidade da vida basta para que se pregue o abandono da mesma. Aqueles que pensam assim, dirá Nietzsche, são os “pregadores da morte”. Em contrapartida, a “morte voluntária” é aquela que vem no “tempo certo” porque “eu quero”. A maneira de querer a morte agora distingue-se daquela cultivada pelos pregadores da morte. Antes de desejar a morte porque se morre, o adepto da morte voluntária quer a morte para afirmar a si mesmo. Deixa de fazer sentido tomar a morte por um estranho que rouba a vida, pois ela é sempre a *minha morte*, ou seja, algo de intrínseco ao meu próprio ser”.

O gênio de Sócrates conseguiu sintetizar, em poucas palavras, o porquê de a morte ser considerada a “musa da filosofia”.

3. Refletindo sobre a morte

Por que temos que morrer após construirmos uma bagagem intelectual respeitável, uma carreira brilhante em áreas diversas do conhecimento, um dom especial para a música, como instrumentista, cantor ou maestro? E, dependendo da profissão escolhida, a vida material pode se tornar cada vez mais requintada graças ao patrimônio amealhado. E essa morte não pode sequer ser programada a não ser que optemos pela morte assistida ou pelo suicídio. Na denominada morte assistida, já praticada em alguns países, como a Holanda, busca-se a interrupção da vida quando percebemos que a sua continuidade nos trará mais sofrimento, diante de uma doença grave diagnosticada. No suicídio, é possível que haja uma escolha consciente de dar um fim à existência até por razões filosóficas, como ocorreu com o próprio Sócrates que poderia ter sido absolvido caso tivesse desistido de hostilizar os jurados. De acordo com o livro “The Trial of Socrates”, de I. F. Stone, muito bem transcrito por Augusto de Franco no artigo publicado no sítio “Dagobah” (www.dagobah.com.br):

O próprio Sócrates, segundo a Apologia de Platão, julgava que seria condenado. Isso, por si só, disse Sócrates ao júri, “não causou surpresa.” O que o surpreendeu foi o fato de que muitos votaram a favor de sua absolvição. Assim, claramente, não se tratava de uma turba de linchadores. Sócrates observou que, “com a mudança de apenas trinta votos, eu estaria absolvido.”

Vivemos em sociedade, num determinado país e numa determinada cidade. Entra em cena uma verdadeira loteria no tocante a acidentes fatais, latrocínios ou até mesmo

revoluções e guerras que dizimam um grande número de pessoas. E cada um de nós pode ser vítima fatal de qualquer um desses eventos.

Schopenhauer pode nos ajudar na conclusão deste item através de seu livro “Sobre a morte – pensamentos e conclusões sobre as últimas coisas”, mais precisamente quando discorre sobre o “Morrer”:

Sempre que um homem morre, um mundo desaparece, ou seja, aquele mundo que ele traz em sua cabeça; quanto mais inteligente a cabeça, mais compreensível, claro, significativo e abrangente é esse mundo e tanto mais horrível é seu desaparecimento.

Creio que, no momento da morte, damo-nos conta de que uma mera ilusão limitara nossa existência à nossa pessoa.

Certamente, a morte deve ser vista como o verdadeiro objetivo da vida: no momento em que ela se dá, é decidido tudo aquilo que fora apenas preparado e introduzido ao longo de todo o curso da vida. (Schopenhauer, 2023:63)

4. Conclusão. As religiões como paliativos da consciência da finitude humana.

A fé

O filósofo francês André Comte-Sponville, na sua obra “O Espírito do Ateísmo”, nos mostra a dificuldade de definir o que vem a ser “religião” e, de uma maneira “não totalmente satisfatória”, assevera que:

O que há de comum entre o xamanismo e o budismo, entre o animismo e o judaísmo, entre o taoísmo e o islã, entre o confucionismo e o cristianismo? Não será um equívoco utilizar a mesma palavra, “religião”, em todos esses casos? Não estou longe de pensar que sim. Várias dessas crenças, principalmente as orientais, parecem-me constituir uma mistura de espiritualidade, de moral e de filosofia, mais que uma *religião* no sentido em que normalmente utilizamos a palavra no Ocidente. Elas dizem respeito menos a Deus do que ao homem ou à natureza. Pertencem menos à fé do que à meditação; suas práticas são menos ritos do que exercícios ou exigências, seus adeptos formam não tanto Igrejas quanto escolas de vida ou de sabedoria. É o caso em especial do budismo, do taoísmo ou do confucionismo, pelo menos em sua forma pura ou purificada, quero dizer, independentemente das superstições que, em todos os países, vêm se acrescentar ao corpo da doutrina, até torná-la, às vezes, irreconhecível. A propósito delas chegou-se a falar de religiões ateias ou agnósticas. (Comte-Sponville, 2007:11-12)

Quando assumimos, por inteiro, a prática de uma “religião ocidental”, ficamos amarrados em dogmas criados por seres humanos, que se tornam arautos da divindade através, inclusive, da errônea exegese, por exemplo, de textos sagrados. Pior ainda é a

oratória de pregadores calcada em propaganda de vida eterna em local privilegiado do cosmos, que enchem templos e exploram os crédulos que abrem mão de suas suadas economias para obterem, por exemplo, a cura de uma doença, ou mesmo a aquisição de um local privilegiado onde possam desfrutar da eternidade. Observe-se que o medo primário é o de morrer e, paradoxalmente, o secundário é o de não garantir um bom lugar após o falecimento. Essas igrejas tornam-se potentados e se imiscuem na política de determinado país para que possam garantir, de forma mais eficaz, o seu poder material.

O fanatismo religioso é outra praga que assola o planeta dizimando vidas em nome de uma entidade abstrata que lhe garantirá a *vida eterna*. Fato é que o ser humano está perdido diante de tanto mistério; a começar pela própria existência de um universo que a ciência, mesmo com a utilização de sofisticadas máquinas, não conseguiu desvendar a sua origem ou o seu tamanho.

No nosso país proliferam os centros espíritas, terreiros de umbanda e de candomblé, que pregam a reencarnação como sendo a explicação da existência do espírito e de sua continuidade neste mundo por meio de um recomeço, com um novo corpo e sujeito ao pagamento de dívidas espirituais contraídas em encarnações anteriores.

Não vislumbramos uma conclusão final para este trabalho porque o filosofar sobre esse tema só nos leva a mergulhar, cada vez que tentamos deslindar o enigma, num vazio existencial, num nada atemorizante. Feliz é aquele que tem fé porque consegue apaziguar a mente, vivendo estoicamente nesse mundo tão impregnado de ódio e de desilusões. E a natureza, a música e a poesia podem preencher os buracos negros de nossos espíritos. O filósofo Byung-Chul Han transcreve no seu livro “Morte e Alteridade” uma lenda chinesa que serve para nossa meditação:

Entre as pessoas de We vivia um homem de nome Wu de Osttor. Quando seu filho morreu, ele não ficou triste. Seu senhorio falou com ele então: ‘Não havia no mundo que amasse seu filho como o senhor. Agora o seu filho morreu, e você não está triste com isso?’ Wu de Osttor respondeu: “Houve um tempo em que eu era inteiramente sem filho, e naquele tempo, como eu não tinha nenhum filho, eu não estava triste. Agora, o meu filho morreu, e é exatamente como antes, quando eu não tinha nenhum filho. Por que eu deveria estar triste?” (LIA-DISI. *O verdadeiro livro do fundamento originário de que tudo jorra*) (Han, 2020: 365-366)

Referências bibliográficas

ARANTES, Ana Claudia Quintana. *A morte é um dia que vale a pena viver*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2022.

COMTE-SPONVILLE, André. *O espírito do ateísmo*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HAN, Byung-Chul. *Infocracia*. Tradução de Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Editora Vozes, 2022.

_____. *Morte e Alteridade*. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

SHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a morte – pensamentos e conclusões sobre as últimas coisas*. Organização de Erst Ziegler. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2023.

SCHUMACHER, Bernard N. *Confrontos com a morte- A filosofia contemporânea e a questão da morte*. Tradução de Lúcio Pereira de Souza. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

O infamiliar e a sublimação: uma interseção chamada arte, nas perspectivas de Freud e Lacan

The uncanny and sublimation: an intersection called art, from the perspectives of Freud and Lacan

José Renato Carnevale da Cunha*

Vivian Maia Reis**

Sumário

1. Introdução. 2. O infamiliar em Freud: raízes antropológicas e teoria das pulsões. 3. Vida pulsional, retorno do recaiado e repetição implacável na percepção do estranho. 4. A negação. 5. Estética no discurso freudiano. 6. A sublimação em Jacques Lacan. 7. Objeto a e a Arte enquanto elevação do objeto à dignidade da coisa. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo tem como objetivo discorrer sucintamente sobre o infamiliar, seu conceito, partindo da ideia mais basilar de alegoria do retorno do recaiado, algumas questões terminológicas e antropológicas envolvidas, seu papel de arauto em relação a outros segmentos da teoria freudiana, possibilidades e desdobramentos na relação com a vida pulsional do sujeito, passando pelo conceito de sublimação em Jacques Lacan em relação a Freud, demonstrando-se a arte um notável ponto de interseção entre os conceitos trabalhados, reabrindo-se a questão da possibilidade da prática simbólica (como a prática artística) tangenciar o real.

Abstract

This article aims to briefly discuss the uncanny, its concept, starting from the most basic idea of an allegory of the return of the repressed, some terminological and anthropological issues involved, its role as a herald in relation to other segments of Freudian theory, possibilities and

* Especialista em Estado e Direito pela Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Formando em Psicanálise pelo Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica, Ciências Humanas e Sociais (IBRAPCHS). Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Doutoranda e Mestra em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Graduada em Psicologia pela Universidade Estácio de Sá, Pós-graduada em Psicopedagogia, Psicologia jurídica e Psicanálise. Oriunda do meio acadêmico com cargos de confiança da FAETEC na FAETERJ (Faculdade de Educação Tecnológica do Estado do Rio de Janeiro) com prática em assessoria de direção de ensino superior (Desup), diretoria adjunta, cogestoria, docência (FAETERJ Duque de Caxias) e gestoria nos setores de patrimônio e RH. Experiência como psicóloga, psicopedagoga, psicanalista clínica e institucional no Centro de Assistência Social e Cidadania do Estado do Rio de Janeiro e na Clínica INSABE (Instituto de Saúde e bem-estar). Docente externo na Universidade Veiga de Almeida no curso de MBA em Logística e Supply Chain e Operações, e docente no Instituto Ibrapchs (Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica, Ciências Humanas e Sociais, Educação e Saúde) no modo híbrido, digital e ensino a distância.

developments in relation to the subject's drive, passing through the concept of sublimation in Jacques Lacan in relation to Freud, with art proving to be a notable point of intersection between the concepts worked on, reopening the question of the possibility of symbolic practice (such as artistic practice) touching on the real.

Palavras-chave: Infamiliar. Sublimação. Vida pulsional. Objeto. Arte.

Keywords: *Uncanny. Sublimation. Pulsional life. Object. Art.*

1. Introdução

O *infamiliar* é um conceito que evoca, à primeira vista, uma ambiguidade: algo que gera uma estranheza e é, ao mesmo tempo, familiar.

Como discorre Christian Dunker, esse pequeno artigo de Freud de 1919, intitulado no original "*Das Unheimliche*", começa pelo estudo comparativo dos termos *heimlich* e *unheimlich*, recorrendo aos usos e sentidos em diferentes línguas e etimologias. Dunker destaca que se *heimlich* conduz à ideia de "casa", "lar", o seu contrário é diverso e indeterminado. Seu campo semântico heterogêneo envolve:

"[s]uspeito" (latim), "estrangeiro" (grego), "sinistro" (inglês), "lúgubre" (francês), "desconfiado" (espanhol). Aqui se agrupam três gramáticas diferentes: a relação de apropriação com o lugar, a dimensão de proximidade ou distância com outro e o modo de estar ou pertencer ao mundo. Destas decorrem, respectivamente, relações de hospitalidade e reconhecimento, dimensões de segredo e ocultamento, e, finalmente, o modo de interpenetração entre público e privado.¹

Prossegue explicando que *unheimlich* pertence a esse pequeno círculo de palavras fundadoras da psicanálise que são escritas com o prefixo negativo (*Un*), como *Unbewusst* (inconsciente) e *Unbehagen* (mal-estar). A mera oposição inversora, no caso, consciente e bem-estar cria sentidos completamente diferentes do que se espera.²

Dunker anota que o artigo de Freud em análise pode ser considerado uma encruzilhada de três caminhos na obra freudiana, uma vez que:

Ele retoma e ajusta contas com a antropologia expressa em *Totem e tabu*, cujo problema central é o papel do totemismo e do animismo. Ele também antecipa a nova teoria das pulsões, marcada pela acentuação do papel da repetição e da angústia, que virá à luz, um ano depois, em *Além do princípio do prazer*. Finalmente, ele é um ancestral metodológico do texto sobre "A negação", de 1925, no qual Freud faz a análise discursiva das negações e dos tipos de juízo existencial e valorativo.³

¹ DUNKER, Christian Ingo Lenz. Animismo e Indeterminação em "*Das Unheimliche*" de Sigmund Freud. In: Gilson Iannini. (Org.). *O Infamiliar*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, v. 1, p. 199-202.

² DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Ibid.* p. 203.

³ DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Ibid.* p. 199.

Tal conceito guarda especial relação com um destino da pulsão que Freud referiu como sublimação, em apertada síntese, caracterizada como um desvio quanto ao alvo da pulsão, que então ruma para um alvo não sexual, com estima social.

No artigo, além da explanação a respeito da teoria das pulsões e suas vicissitudes, será também trabalhado o caráter implacável da repetição, notadamente abordada por Freud em “além do princípio do prazer” de 1920, articulando esses fatores na percepção do infamiliar, ou como em traduções bastante difundidas, do “estranho”, “do estranho familiar”.

Em seguida, será trabalhado o conceito de sublimação em Jacques Lacan, para quem o objeto adquire toda a importância, em oposição à formulação freudiana, que sempre privilegiou em sua conceituação a pulsão, o desvio quanto ao alvo da pulsão.

No presente opúsculo, abordaremos mais detidamente a relação de tais conceitos com a arte, a qual se revela notável ponto de interseção.

2. O infamiliar em Freud: raízes antropológicas e teoria das pulsões

Há crenças que foram sustentadas ao longo da história que, não obstante todo avanço da ciência, ainda subsistem em maior ou menor grau no íntimo das pessoas. A sensação de infamiliaridade, pois, pode vir desse resíduo de crenças, ou seja, algo que fora vivenciado pela humanidade, e que, de alguma maneira, tem, em algum acontecimento atual, uma repercussão sentida em forma de “estranho familiar”.⁴ Cite-se o exemplo da crença popular de que deixar um chinelo virado poderia gerar a morte da mãe. Não fosse o ideário popular a respeito, naturalmente indiferente à nossa percepção seria a posição do aludido calçado.

Nesse sentido, vislumbra-se uma possível raiz antropológica do *infamiliar*.

Outro aspecto relevante a ser explanado é a relação com a teoria das pulsões. Sistematizada logo na abertura do conjunto de artigos de apresentação da metapsicologia freudiana, com o texto “as pulsões e seus destinos” de 1915, Freud preenche o conceito com conteúdos partindo de diversos lados. Aqui, delineia-se, de início, da seguinte maneira: uma força constante que advém do interior do próprio organismo e tem como meta a satisfação. Em apertada síntese, os elementos da pulsão são meta (a satisfação); pressão (seu fator motor, com seu caráter impelente); objeto (aquele através do qual a pulsão pode alcançar sua meta, é variável); fonte (o próprio corpo, o somático).⁵ Voltando-se à observação a partir da vida anímica:

[e]ntão nos aparece a “pulsão” como um conceito fronteiro entre o anímico e o somático, como representante psíquico dos estímulos oriundos do interior do corpo que alcançam a alma, como uma medida da exigência de trabalho imposta ao anímico em decorrência de sua relação com o corporal.⁶

⁴ FREUD, Sigmund. O Infamiliar [*Das Unheimliche*]. Tradução de Ernani Chaves e Pedro Heliodoro Tavares, 1. ed.; 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2021. (*Obras incompletas de Sigmund Freud*; 8), p. 101-103.

⁵ FREUD, Sigmund. *As pulsões e seus destinos*. Tradução de Pedro Heliodoro Tavares. – 1. ed.; 1. reimp – Belo Horizonte: Autêntica, 2014. -- (*Obras Incompletas de Sigmund Freud*; 2), p. 17-23.

⁶ FREUD, Sigmund. *As pulsões e seus destinos*. *Ibid.* p.20.

Na mesma obra, observa como destinos da pulsão: a reversão em seu contrário, o retorno em direção à própria pessoa, o recalque e a sublimação.⁷ Vamos retornar oportunamente a alguns desses conceitos ao longo da exposição, sobretudo quanto à sublimação, mais adiante, notadamente por sua relação com a arte.

3. Vida pulsional, retorno do recalcado e repetição implacável na percepção do estranho

Em “além do princípio do prazer” de 1920, Freud sustenta a ideia de repetição do recalcado como vivência atual. Essa reprodução, que surge como uma fidelidade que não fora desejada, sempre tem como conteúdo algo da vida sexual infantil, ou seja, do complexo de Édipo e seus derivados.⁸

Interessante quanto a esse ponto citar o trecho do texto de Freud em que recorre ao conto “homem da areia” de Hoffmann. Ainda que não seja o objetivo do presente trabalho examinar maiores detalhes do conto, Freud anota que a experiência psicanalítica lembra que uma angústia assustadora das crianças é o medo de machucar ou perder os olhos e que o medo de ficar cego é, com frequência, um substituto do medo da castração.⁹

Destarte, umas das vertentes mais citadas em relação ao “estranho”, tomado aqui nesse contexto do *infamiliar*, é justamente como alegoria do retorno do recalcado. Não é demais lembrar que a essência do recalque consiste em rejeitar e manter algo afastado da consciência.¹⁰ Como explica Coutinho Jorge,

O recalque propriamente dito ocorre só depois (*Nachdrängen*), sendo necessário sublinhar que o processo do recalque não consegue retirar *todos* os derivados daquilo que foi originalmente recalcado (“primeiramente recalcado”). As distorções, assim como o grande número de elos intermediários, produzem um afastamento suficientemente grande do representante que foi recalcado, permitindo àqueles o livre acesso ao consciente. Freud afirma que “tudo se passa como se a resistência do consciente contra eles constituísse uma função da distância entre eles e aquilo que foi originariamente recalcado”. (Ressalte-se desde já que Freud irá definir mais à frente aquilo que constitui a “essência do recalque” como sendo *manter algo à distância*.)¹¹

Logo adiante, o professor Coutinho Jorge explica que o retorno do recalcado consiste no “fracasso do recalque e na irrupção do recalcado à superfície”.¹²

⁷ FREUD, Sigmund. *As pulsões e seus destinos*. *Ibid.* p.32.

⁸ FREUD, Sigmund. Obras Completas, volume 14: Além do princípio do prazer in: *História de uma neurose infantil (“O homem dos lobos”)*, Além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 131.

⁹ FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. *Op. Cit.* p. 49-61.

¹⁰ FREUD, Sigmund. *Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos* (1914-1916) / Sigmund Freud; tradução e notas Paulo César de Souza - São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 63.

¹¹ JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan* / Marco Antonio Coutinho Jorge. – 5.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 24.

¹² *Ibid.*

Freud, nesse contexto, observa que se tem razão a teoria psicanalítica no sentido de que todo afeto de uma moção de sentimento transforma-se em angústia por meio do recalque, “entre os casos que provocam angústia deve haver então um grupo no qual se mostra que esse angustiante é algo recalcado que retorna”. Aponta que essa espécie de angustiante seria então o *infamiliar*. É “algo íntimo à vida anímica desde muito tempo e que foi afastado pelo processo de recalçamento.”¹³

André de Martini e Nelson Ernesto Coelho Junior articulam uma expansão do conceito de “estranho” para além da significação de alegoria do retorno do recalcado, “ressaltando sua condição narrativa ou de experiência do eu (com as experiências de limite que as acompanham), sua ligação com uma condição primitiva da constituição do psiquismo, assim como suas vinculações ao tema do fetiche e da relíquia”.¹⁴

Martini e Coelho Junior trazem um exemplo mais próximo dos falantes da língua portuguesa que ajuda bastante a elucidar o tema. Apontam que a palavra estranhar é geralmente usada para a situação em que o cão não reconhece seu dono ou alguém conhecido, ou seja, uma situação que deveria lhe ser *familiar*.¹⁵

Martini e Coelho Junior destacam a referência de Freud à separação entre as realidades interna e externa, entre eu e outro, evocada ao analisar o fenômeno do duplo. Partindo de uma observação de Otto Rank, levanta possíveis motivações dessa dimensão do duplo. Para os autores, o eu, visando proteger-se da morte,

[v]ia projeções e identificações, liga-se a sombras, espelhos, espíritos guardiões, crença na alma imortal etc. No entanto, conforme o eu alcança estádios mais complexos de desenvolvimento dos próprios contornos (indo além do narcisismo primário), este mecanismo torna-se uma armadilha. O duplo perde seu propósito original de proteção e torna-se persecutório, criando então figuras demoníacas e aterradoras, anunciando justamente aquilo de que se procurava escapar.¹⁶

Nesse sentido, Dunker elencando casos em que o fenômeno do *infamiliar* é comparativamente abordado por Freud, cita o grupo que resulta da negação da realidade da mortalidade ou da finitude. Ela se mostra por meio de acessos de convulsão, loucura ou delírio de Nathanael, personagem do aludido conto de *Hoffmann*. O duplo foi na origem uma segurança contra o sepultamento do Eu e um desmentido do poder da morte.¹⁷ Após superação do narcisismo primário, como já citado, “os presságios de duplo se modificam, e de uma segurança quanto à continuidade da vida ele se torna o *infamiliar* mensageiro da morte.”¹⁸

¹³ FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Op. Cit. p. 85.

¹⁴ MARTINI, André de; COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. *Novas notas sobre “O estranho”*. *Tempo psicanal.*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 371-402, jun. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art-48382010000200006%ling=pt&nrm=iso>. Acesso em 05 maio de 2024. Os temas do fetiche e da relíquia não serão analisados neste trabalho. Para maiores detalhes dessa articulação, remete-se à obra citada.

¹⁵ *Ibid.* p. 373. Grifos dos autores.

¹⁶ *Ibid.* p. 374.

¹⁷ DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Ibid.* p. 211. Vale conferir também o trecho do texto de Freud no qual se ampara Dunker: cf. FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Op. Cit. p. 69.

¹⁸ FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Op. Cit. p. 71.

Mais adiante, Martini e Coelho Junior apontam que Freud também faz alusão ao estranhamento gerado por quase vivos bonecos, autômatos e até mesmo pela observação dos processos mecânicos e automáticos, trazendo como exemplos um ataque epiléptico ou uma “manifestação de insanidade”.¹⁹

Repisando a breve menção à obra “além do princípio do prazer”, há algo de estarecedor na repetição. Algo que, segundo Freud, “é percebido como estranho”, eis que:

O caráter implacável da repetição, que põe em xeque a soberania no domínio do próprio, remete à estranha impressão causada por processos mecânicos e automáticos quando encontrados no âmbito do que é vivo. De fato, a própria dimensão econômica da psicanálise remete, inevitavelmente, a aspectos muito estranhos do ser humano, ao apontar para processos quantitativos, impessoais e deflexivos na vida psíquica.²⁰

Os autores deduzem que, embora Freud não tenha desenvolvido de forma profunda o tema da repetição no *estranho*, tal efeito pode evocar a oposição em jogo na repetição, “entre livre arbítrio e estar “possuído” por algo alheio. Ademais, a dimensão implacável do retorno do sintoma, da repetição é “assustadoramente estranha porque desfaz a clara distinção quanto ao que é próprio e o que é alheio, quanto ao que reconheço em mim e o que não reconheço.”²¹

4. A negação

Retomando aquele entroncamento das vias citadas por Dunker no início do presente opúsculo, Freud introduz o seu texto sobre a negação de 1925 trazendo um caso hipotético da experiência analítica, explicando que se trata de uma recusa de um pensamento repentino que acaba de emergir, por projeção. Anota que “um conteúdo de representação ou de pensamento recalcado pode abrir caminho até a consciência, sob a condição de que seja negado”. A negação seria uma forma de tomar conhecimento do recalcado, uma suspensão do recalçamento, mas não uma admissão do recalcado. Visualiza que, nesse caso, a função intelectual se separa do processo afetivo. Prossegue aduzindo que:

Como é tarefa da função intelectual de juízo afirmar ou negar conteúdos de pensamento, as observações precedentes nos levam à origem psicológica dessa função. Negar algo no juízo significa, basicamente: isso é alguma coisa que eu preferiria recalcar. A condenação é o substituto intelectual do recalçamento; se “não” é a marca característica deste, um certificado de origem, tal como o “*made in Germany*”. Por meio do símbolo da negação,

¹⁹ MARTINI, André de; COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. *Op.cit.* p. 374. Os autores trazem a expressão entre aspas justamente por não desconsiderar a construção social e histórica feita acerca da questão. No texto de Freud em referência, verifica-se: “O infamiliar da epilepsia e da loucura tem a mesma origem. O leigo tem aqui, diante de si, a expressão de forças que ele não imaginara à volta dele, mas cujo movimento podia ser percebido, obscuro, num canto remoto da própria personalidade.” Cf. FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. *Op. Cit.* p. 91.

²⁰ *Ibid.* p. 375.

²¹ *Ibid.* p. 375-376.

o pensar se liberta das limitações do recalçamento e se enriquece de conteúdos, dos quais não se pode prescindir para o seu desempenho.²²

Nota-se importante relação da negação com o tema do *infamiliar*. A veiculação da negação mostra que houve uma captura ou afetação do sujeito em relação a algo que não lhe foi, portanto, indiferente. Freud aponta que na análise não há nenhum “não” vindo do inconsciente, e que o reconhecimento do inconsciente por parte do Eu se expressa numa fórmula negativa.

Afinal, “não existe prova mais contundente da bem-sucedida descoberta do inconsciente do que quando o analisando reage com a frase: “não foi isso que eu pensei” ou “nisso eu não pensei (nunca).”²³

Por fim, o tema em destaque é fecundo para apreciar a relação entre estética e psicanálise.

5. Estética no discurso freudiano

Cristina Aparecida Tannure Cavalcanti e Maria Cristina Candal Poli apontam que a estética aparece no discurso freudiano, notadamente no multicitado texto sobre o “estranho”.²⁴No início do texto, Freud afirma que, na visão de um psicanalista, “a estética se entende não simplesmente a teoria da beleza, mas a teoria das qualidades do sentir”.²⁵

Segundo as autoras, ao lançar mão dos poetas, é como se Freud pressentisse que “só a palavra poética poderia carregar os desdobramentos possíveis contidos na riqueza dos seus ditos.”²⁶ Esclarecem que:

Esse estranho procede de uma percepção no ego, como que vinda do exterior, e que promove uma intensa movimentação no psiquismo do sujeito, levando-o a uma ambivalência pulsional – Eros e Thanatos. Esse conflito pulsional lança o sujeito a um lugar que se pensa desconhecido, marcado pela autoridade, onde o estranho é sempre o Outro. Vale lembrar que a rede conceitual freudiana apresenta o sujeito como sendo estruturalmente dividido e sua verdade descentrada do espaço da consciência. A ação humana comporta um sentido desconhecido, o que, de acordo com Freud, demonstra a especificidade da questão

²² FREUD, Sigmund. A negação in: *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Tradução de Ernani Chaves e Pedro Heliodoro Tavares, 1. ed.; 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editoria, 2021. (*Obras incompletas de Sigmund Freud*; 8), p. 141-142.

²³ *Ibid.* p.146.

²⁴ No presente trabalho optou-se, predominantemente, pelo termo “infamiliar”, embora outros termos tenham sido bastante utilizados em traduções anteriores, como “estranho”, “estranho familiar”, entre outros, conforme bem explicado no prefácio da editora autêntica “Freud e O Infamiliar” de Gilson Lannini e Pedro Heliodoro Tavares. Vale conferir as considerações ali tecidas. Para tanto, segue a referência: LANNINI, Gilson; TAVARES, Pedro Heliodoro. Freud e *O Infamiliar*. In: Gilson Lannini. (Org.). *O Infamiliar*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, v. 1, p.7-25.

²⁵ FREUD *apud* CAVALCANTI, Cristina Aparecida Tannure; POLI, Maria Cristina Candal. *Estética e psicanálise: por uma crítica da modernidade*. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v.8, n.2, p.215-236, jul./dez. 2011. Disponível em <https://doi.org/DOI:10.5007/1807-1384.2011v8n2p215>. Acesso em: 8 maio 2024. p. 220.

²⁶ *Ibid.*

estética para a psicanálise: a articulação da ação do sujeito com o desejo inconsciente que o habita, ou uma estética fundada no desejo.²⁷

Logo adiante, prosseguem, aduzindo que:

A dimensão estética da psicanálise revela o contexto da linguagem para além da ordem, pois se abre para o discurso fragmentado e descontínuo, para a produção dos efeitos do belo que se situam entre percepção angustiante, que vai do fenômeno da compulsão à repetição – expressão da pulsão de morte – até a impressão marcante na estrutura, de uma ausência, de um vazio determinante.²⁸

Freud, não obstante imerso em um universo toldado pelas ideias do iluminismo, propõe conceitos como angústia, pulsão e desejo, que desafiam o paradigma de enaltecimento da razão. Esses conceitos se articulam, como já discorrido anteriormente, com a ideia do *infamiliar*. Algo que causa, ao mesmo tempo, um sentimento de estranheza, que é, de alguma forma, familiar. O estranho que captura, que tem a ver com a história do sujeito e sua vida pulsional.

Recorrendo novamente ao trabalho de Cristina Aparecida Tannure Cavalcanti e Maria Cristina Candal Poli, as autoras, já em suas linhas conclusivas, discorrem sobre o papel da arte na estruturação do sujeito, explorando a ambivalência de alguns conceitos, fazendo alusão, para tanto, à obra de Nietzsche:

Sabe-se que a arte desempenha papel importante na estruturação do sujeito. Nietzsche baseia-se neste fato para distinguir os dois princípios que correspondem na teoria psicanalítica a Eros – pulsão de vida e Thanatos – pulsão de morte. Ambas as forças são vivenciadas pelo sujeito de forma constante e entrelaçadas – representativas da razão e da paixão, cujo efeito trágico é vivido nessa luta constante entre as duas. Elas, no entanto, são ambivalentes na medida em que Eros e Thanatos lutam um contra o outro, batem-se e se destroem mutuamente, mas, ao mesmo tempo, cooperam na repetição e na diferença, na satisfação e na insatisfação, no prazer e no desprazer, na dilaceração e no gozo, revelando o duplo e paradoxal caráter do desejo e, em última instância, das pulsões de vida e de morte e da vontade de potência. É que tanto Eros quanto Thanatos não podem ser pensados e nem concebidos, de maneira separada.²⁹

Freud afirma que o *infamiliar* da ficção, da fantasia e da criação literária merece uma consideração à parte, na medida que é mais rico que o *infamiliar* das vivências, de modo que “[...] na criação literária não é *infamiliar* muito daquilo que o seria se ocorresse na vida e

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* p. 221.

²⁹ *Ibid.* p. 232.

que na criação literária existem muitas possibilidades de atingir efeitos do infamiliar que não se aplicam à vida".³⁰

Em seguida, o precursor da psicanálise assinala que, dentre as muitas liberdades do escritor, está a de poder escolher seu modo de representar o mundo, seja concordando com a realidade conhecida, seja, em alguma medida, afastando-se dela.³¹

O mundo dos contos maravilhosos incorporou crenças animistas como a realização de desejos e a vivificação de seres inanimados, anotando que a *infamiliaridade* aqui dependeria de um conflito de julgamento, não ocorrendo caso aceitemos que tais crenças não são realmente possíveis. Ademais, tal sentimento pode ser afastado pelos pressupostos do mundo desses contos.³²

O escritor também pode criar um universo que se separa da realidade por meio da incorporação de seres espiritualmente superiores, demônios e fantasmas, sendo que o sentimento de *infamiliaridade*, nesses casos, também é afastado quando atingimos os pressupostos desse microcosmo poético, eis que ajustamos o juízo à tais condições.³³

Freud diferencia os casos em que o escritor se coloca, aparentemente, no interior da realidade comum, assumindo também "todas as condições que são válidas, nas vivências, para o surgimento do *infamiliar*, e tudo aquilo que, na vida, tem efeito *infamiliar* também o tem na criação literária". Diz que o escritor pode diversificar, trazendo aquilo que na realidade raramente ou nunca chegaria a se tornar experiência. Em certa medida,

[e]le trai as crenças que supúnhamos superadas, ele nos ilude, na medida em que nos promete a realidade comum, quando, de fato, vai muito além dela. Reagimos às suas ficções tal como reagiríamos às nossas próprias vivências; quando percebemos o engodo, já é tarde demais, o escritor já atingiu suas intenções, mas, devo afirmar, ele não visava a nenhum real efeito. Permanece em nós um sentimento de insatisfação, uma espécie de rancor pelo engano intentado [...] O escritor tem, então, à sua disposição um meio pelo qual ele evita essa nossa insurgência e, ao mesmo tempo, pode melhorar as condições para alcançar sua intenção. Nisso consiste o fato de que ele não nos permite intuir por longo tempo quais são os pressupostos que escolheu para esse mundo, ou que ele evita até o fim, de maneira artificial e maliciosa, o esclarecimento de algo tão decisivo. Mas no geral, cumpre-se o caso anteriormente anunciado, de tal modo que a ficção cria novas possibilidades para a sensação do *infamiliar*, que não se dão nas vivências.³⁴

Freud aponta que há o *infamiliar* oriundo do que fora superado e o proveniente dos complexos recalcados, sendo esse último mais resistente. Em seguida, destaca as liberdades do poeta e o privilégio da ficção nesse despertar ou inibir do sentimento do *infamiliar*.

³⁰ FREUD, Sigmund. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Op. Cit. p. 107. Grifos do autor.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.* p. 109.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* p. 109-111.

Perante o vivenciar, o indivíduo se comporta passivamente, sucumbindo ao efeito do tema, ao passo que a escrita conduz os seres de maneira especial;

[m]ediante o estado emocional no qual ele nos coloca, por meio das expectativas que ele nos suscita, ele pode manobrar o processo de nossos sentimentos, ajustando-os, com êxito, de um lado para outro, podendo, a partir do mesmo tema, atingir, frequentemente, os efeitos mais variados. Tudo isso é conhecido há muito tempo e, provavelmente, já foi avaliado em detalhes por especialistas em estética. [...] ³⁵

Convém aqui reavivar alusão ao destino da pulsão que Freud referiu como sublimação. Doravante, mais bem será explicitado sobre a releitura do conceito em Jacques Lacan em relação a Freud, bem como sua relação com o infamiliar e a arte.

6. A sublimação em Jacques Lacan

O objeto adquire toda a importância na concepção lacaniana da sublimação, em oposição à formulação freudiana, que sempre privilegiou em sua conceituação a pulsão, o desvio quanto ao alvo da pulsão. Em Freud, a sublimação é, inúmeras vezes, definida como o desvio da pulsão para alvos não sexuais, valorizados pela cultura. Cabe ressaltar que, ao modificar o alvo da pulsão, Lacan faz dessa definição da sublimação em Freud a natureza própria da pulsão. Contudo, ao centrar-se nas propriedades do objeto, acreditamos que o psicanalista francês fornece outra via para pensarmos esse conceito.

Isso é visível no próprio comentário lacaniano de que um critério não metapsicológico pode ser utilizado na definição da sublimação, ao contrário do que diziam muitos psicanalistas, como, por exemplo, Bernfeld (cf. LACAN, 1959-60/1997, p.179). O fato de o objeto da sublimação ser socialmente valorizado é apenas um indicador de que o valor e a repercussão de uma obra de arte revelam que a coletividade pode se satisfazer com algo que se estabelece em torno de um consenso social. Não podemos esquecer que tal consenso depende de um determinado contexto, e não é à toa que Lacan insiste no fato de que toda obra de arte é historicamente datada: “Não se pinta na época de Picasso como se pintava na época de Velásquez, não se escreve tampouco um romance em 1930 como se escrevia no tempo de Stendhal” (LACAN, 1959-60/1997, p.135).

Lacan questiona o estatuto da satisfação presente na apreciação artística, e devemos lembrar que o psicanalista sempre colocou a satisfação da pulsão do lado do gozo.

Para Freud, a verdadeira arte poética está na técnica de superar nosso sentimento de repulsa. O escritor, ao submeter o material da fantasia a alterações e disfarces, nos subordina com o prazer puramente formal, isto é, estético:

Denominamos de prêmio de estímulo ou de prazer preliminar ao prazer desse gênero, que nos é oferecido para possibilitar a liberação de um prazer ainda maior, proveniente de fontes psíquicas mais profundas. Em minha opinião, todo prazer estético que o escritor criativo nos proporciona

³⁵ *Ibid.* p. 111-113.

é da mesma natureza desse prazer preliminar, e a verdadeira satisfação que usufruímos de uma obra literária procede de uma liberação de tensões em nossas mentes. Talvez até grande parte desse efeito seja devida à possibilidade que o escritor nos oferece de, dali em diante, nos deleitarmos com nossos próprios devaneios, sem autoacusações ou vergonha. (FREUD, 1908/1976, p.158).

O psicanalista vienense justifica sua posição partindo dos chamados romances psicológicos, escritos por autores “menos pretensiosos” e que gozam da estima de um amplo círculo de leitores entusiastas. Deste modo, ele desvenda a fórmula, nada criativa, de alguns romances, que sempre narram uma história que envolve um herói, um vilão, uma mocinha etc., remetendo tal ficção à configuração da vida infantil. À fórmula dos romances, corresponde à fórmula que ele dera dos três tempos da fantasia, em que uma situação do presente desperta um desejo do sujeito, que o faz retroceder à lembrança de uma experiência do passado (da infância) quando esse desejo foi realizado, criando uma situação referente ao futuro que representa a realização do mesmo: “uma poderosa experiência no presente desperta no escritor criativo uma lembrança de uma experiência anterior (geralmente de sua infância), da qual se origina então um desejo que encontra realização na obra criativa” (Freud, 1908/1976, p.156).

Freud (1908/1976) acredita que há uma íntima conexão entre a vida do escritor e suas obras. Em Leonardo da Vinci e uma lembrança da sua infância (1910, p.59), o psicanalista destaca o papel que a fantasia do abutre [milhafre], a “recordação da infância”, teve na obra do pintor. A proposta do psicanalista é aplicar a psicanálise às obras de arte, a fim de compreender o motivo inconsciente do artista ao concebê-las. Ao contrário de Freud, Lacan afirma que não devemos fazer psicanálise do pintor, ou do artista; não se trata de psicanálise aplicada às belas-artes (LACAN, 1968-69/2008, p.64).

Para Lacan, o reconhecimento social da verdadeira obra de arte não advém da identificação dos espectadores/leitores com as fantasias do artista, mas de algo que permanece enigmático, inassimilável em seu trabalho. É esse ponto que captura e suscita fantasias, nem sempre prazerosas, mas que guardam certa relação com os prazeres preliminares - descritos por Freud, na medida em que estes se ligam à parcialidade das pulsões e também ao gozo. Esse ponto estranho (*Unheimlich*), que o psicanalista francês encontra descrito no próprio texto freudiano, remete a *das Ding*, ao que é inexplicável até para os artistas. Há algo da criação artística que escapa ao próprio artista. Nas palavras de Sarah Kofman:

A obra não traduz, deformando, a recordação: ela a constitui fantasmaticamente. (...) Leonardo não traduz no “sorriso” da Gioconda nem o sorriso de seu modelo, nem o sorriso real de sua mãe, nem o fantasma do sorriso de sua mãe. Para compreender seu sentido, é necessário referir-se, paradoxalmente, aos sorrisos dos outros quadros de Leonardo ou àqueles de outras obras de arte: sorrisos das figuras de Verrochio, das estátuas gregas arcaicas; compreende-se então que o sorriso da Gioconda, mais do que qualquer outro, permite tomar consciência do fantasma universal do sorriso da mãe que todo homem busca porque talvez nunca existiu, ao mesmo tempo, como expressão de ternura e de sensualidade. “O sorriso

da mãe” como tal, é uma invenção da arte, que permite aos fantasmas individuais se constituírem. (KOFMAN, 1996, p.91)

O estranho é, antes de tudo, uma sensação. O sujeito se depara com algo que o remete a outra coisa, mas ele não sabe o que é: percebe, apenas, que se trata de um já visto [*dejà vu*] ou já vivido *dejà vécu* não localizável exatamente. Freud chega a relacionar o estranho a um afeto, e, em se tratando de algo recalçado que retorna, só pode se tratar de angústia (FREUD, 1919/1996, p.258).

Lacan também relaciona o estranho com a angústia (Lacan, 1962-63/2005, p.51), pois a presença de um objeto lá onde não esperávamos – e nem mesmo deveríamos –(re) encontrá-lo, preenche o lugar da falta que mobiliza o desejo e permite a emergência do desejo.

A presentificação deste objeto é a presentificação da própria falta. Pois é a partir do momento em que ela se apresenta no campo da realidade, que ela não falta mais, ela está ali. (MELMAN, 2003, p.18)

Na sublimação, a apresentação de um objeto não apreensível pela cadeia significante remete à falta de *das Ding*, o real inapreensível pelos recursos simbólicos disponíveis ao sujeito. O objeto da arte preserva um vazio que resiste à simbolização, e a experiência de encontro com esse objeto é semelhante ao que Freud descreveu como estranho: a sensação de que há algo de obscuro, e há algo de muito familiar ao sujeito refletido no objeto. Como já assinalamos, não é que o sujeito se identifique com o objeto artístico, mas trata-se de “um objeto no qual ele não reconhece mais sua imagem, formada por identificações e antecipações imaginárias. Um objeto que mostra o que resta do sujeito quando a fortaleza do eu se dissolve” (SAFLATE, 2006, p. 274).

A sublimação despoja o objeto de todo significado, de toda funcionalidade, expondo o foco comum de onde procedem todas as trocas simbólicas (BAAS, 2001, p.129), o que nos remete novamente à ideia de um valor social, como é possível verificar no amor cortês, em que a mulher desaparece como objeto empírico de um desejo singular e advém como Dama, figura da Coisa (SAFLATE, 2006, p. 274).

7. Objeto a e a Arte enquanto elevação do objeto à dignidade da coisa

Para chegarmos ao ponto de entendermos o que é a Arte enquanto elevação do objeto à dignidade da coisa, vamos situar o objeto a. Começaremos com a formulação de Freud sobre o Complexo de *Nebenmensch* (*der Nebenmensch* – o próximo) no “Projeto de uma Psicologia” de Freud (1995, p.35). Freud dirá no Projeto que, na formação e desenvolvimento do eu, é da maior importância a busca do semelhante, marcado atentamente pelo grito/voz, que é uma forma daquele que está em estado de precisão, invocar o outro que virá em seu auxílio.

O Complexo do *Nebenmensch* procura demonstrar de que forma o desamparo inicial dos seres humanos torna necessária a ação de um semelhante para nossa sobrevivência, e aliena-nos na dependência a um outro, pois, submetidos ao Outro, dependemos da linguagem. Para realizar a ação específica, o organismo humano necessita da ajuda alheia, “na medida em que, através da eliminação pelo caminho da alteração interna, um indivíduo

experiente atenta para o estado da criança. Esta via de eliminação passa a ter, assim, a função secundária, da mais alta importância, de comunicação, e o desamparo inicial do ser humano é a fonte originária de todos os motivos morais. "(Freud, 1995-1895, p.32)

Desse outro, agente da ajuda alheia, temos apenas a possibilidade de reencontrar o que foi fixado pelas representações a partir de sua marca. Essa fixação é feita desde um funcionamento que se dá pela simultaneidade e ligação entre o motor e o linguístico. A marca do próximo, semelhante, do outro, do objeto, da Coisa, faz assim com que o eu se constitua a partir do Outro, e de forma que o mais íntimo seja 'extimo'.

O *Nebenmensch*, o semelhante, o próximo, o único a poder auxiliar, é o primeiro objeto de satisfação e o primeiro objeto hostil. Através da semelhança, isto é, do não idêntico, o eu aprenderá a se reconhecer no outro, no semelhante, ao mesmo tempo em que aprenderá a reconhecer o semelhante.

Sendo *das Ding* o incompreensível, o impossível de dizer, de se reencontrar, é a propriedade da Coisa que permite qualquer encontro. Freud nos diz que, se o desejo se inscreve e é a mola do funcionamento do aparelho psíquico, é porque a busca pela identidade, ou seja, o reencontro do objeto, só é possível pela semelhança. Uma vez inscrita a marca da Coisa, sua busca se repetirá quer pelo pensamento, quer pela alucinação. Não resta ao organismo possibilidade que não seja a de fazer o circuito da repetição.

Se pensarmos, com Lacan, essa Coisa, *das Ding*, como o objeto *a*, objeto causa de desejo, podemos articular esse reencontro impossível com o gozo. Então podemos dizer que o desejo, ao se dirigir à busca do objeto na repetição pela via do pensamento, dada a irremediável dependência do ser à linguagem, barra o gozo. O princípio da realidade faz do adiamento uma possibilidade de busca do objeto através de seus predicados e a realização metonímica do desejo é a repetição do caminho dos atributos de *das Ding*. Repetição que torna possível ao sujeito da linguagem o acesso aos objetos metonímicos do desejo. O gozo, entendido aqui, então, como a completude mítica com a mãe enquanto a Coisa, (*das Ding*), está perdido desde sempre.

Como vimos acima, o objeto adquire toda a importância na concepção lacaniana da sublimação, em oposição à formulação freudiana, que sempre privilegiou o desvio quanto ao alvo da pulsão. O ponto estranho (*Unheimlich*), que o psicanalista francês encontra descrito no próprio texto freudiano, remete à *das Ding*, ao que é inexplicável até para os próprios artistas. Há algo da criação artística que escapa ao próprio artista. É e nesse estranhamento, nesse escape, que o artista eleva o objeto a dignidade da coisa. Coisa perdida desde sempre, mas marcada no ser, como um íntimo que está no externo, ou, como inova Lacan, o "extimo".

Lacan aborda as obras de arte de Cézanne e de Van Gogh no intuito de mostrar como o artista consegue provocar uma sensação estranha no modo como apresenta o objeto. É válido apontar que, na concepção lacaniana, a finalidade da arte nunca é a representação (LACAN, 1959-60/1997, p.176), pois *das Ding* é irrepresentável, é o que padece de significante. Dessa maneira, se a obra de arte imita os objetos, é para extrair-lhes um sentido novo, inédito, irrepresentável, ou, nas suas palavras: "o objeto é instaurado numa certa relação com a Coisa que é feita simultaneamente para cingir, para presentificar e para ausentificar" (LACAN, 1959-60/1997, p.176). O objeto representado não está tão relacionado ao objeto natural quanto está ao vazio da Coisa. Assim, se Paul Cézanne (1839-1906) pinta maçãs, não é somente para imitá-las, mas para presentificá-las:

Porém, quanto mais o objeto é presentificado enquanto imitado, mais abre-nos ele essa dimensão onde a ilusão se quebra e visa outra coisa. Cada qual sabe que há um mistério na maneira que tem Cézanne de pintar maçãs, pois a relação com o real, tal como nesse momento se renova na arte, faz então surgir o objeto de uma maneira que é lustral, que constitui uma renovação de sua dignidade, por onde essas inserções imaginárias, digamos assim, são datizadas de uma nova maneira. Pois, como já foi observado, estas não podem ser desvinculadas dos esforços dos artistas anteriores para realizarem, eles também, a finalidade da arte. (LACAN, 1959-60/1997, p.176)

Quanto à Van Gogh (1853-1890), ao discutir o quadro em que o pintor holandês pinta botinas, Lacan afirma que elas não estão lá para significar o homem ou o cansaço, mas são, apenas: “significante do que significa um par de botinas abandonadas, isto é, ao mesmo tempo, de uma presença e de uma ausência pura – coisa, se podemos assim dizer, inerte, feita para todos, mas coisa que, por certos aspectos, por mais muda que seja, fala” (LACAN, 1959-60/1997, p.356).

Em seu comentário sobre o pintor italiano Giuseppe Arcimboldo (1527-1593), Lacan (1960-61/1992, p.235) ressalta que ele representava a imagem humana pela combinação e acumulação de objetos relacionados ao tema que ele desejava pintar. Para representar a figura do bibliotecário, Arcimboldo utiliza livros dispostos sobre o quadro de maneira que a imagem de um rosto seja, mais do que sugerida, realmente imposta. Se ele deseja representar uma estação do ano, utiliza frutas dessa estação, cuja montagem será realizada de tal sorte que a sugestão de um rosto igualmente se impõe. Ao mesmo tempo, que a aparência da imagem humana é mantida, alguma coisa é sugerida, que se imagina no desagrupamento dos objetos: “Por detrás, nada sabemos do que pode se sustentar, pois é uma aparência redobrada que se sugere a nós, um redobramento de aparência, que deixa a interrogação de um vazio – a questão é saber o que há no último termo” (LACAN, 1960-61/1992, p.236). Nas palavras de Recalcati (2005, p.94-95), trata-se de “interrogar de que modo, em uma prática simbólica – tal como a prática artística –, é possível isolar e encontrar a dimensão do real irredutível ao simbólico”

8. Conclusão

Em suma, há uma riqueza de desdobramentos do conceito de *infamiliar*. Para além da explicação mais direta da ambiguidade acerca de algo que é, ao mesmo tempo familiar e não familiar, ou alegoria do retorno do recalcado, há uma série de possibilidades e sentidos gerados a depender da interação entre algum contexto, seja ele decorrente de uma aparente reativação de crenças primitivas ou de uma impressão, nas quais complexos infantis recalcados são revividos.

No que tange à sublimação, consoante exposto, Lacan faz uma releitura da obra de Freud, sendo certo que esse último a conceituava como sendo um desvio do alvo da pulsão, para um alvo não sexual e socialmente estimado, ao passo que aquele centra-se nas propriedades do objeto.

Para Freud, “uma poderosa experiência no presente desperta no escritor criativo uma lembrança de uma experiência anterior (geralmente de sua infância), da qual se origina

então um desejo que encontra realização na obra criativa” (Freud, 1908/1976, p.156), havendo íntima conexão entre a vida do autor e suas obras.

Para Lacan, a identificação dos espectadores com as fantasias do artista viria de algo que permanece enigmático, inacessível ao próprio artista. Esse ponto estranho (*Unheimlich*), inexplicável, que captura o sujeito, é o que o psicanalista francês encontra descrito no próprio texto freudiano e que remete a *das Ding*. É nesse estranhamento, nesse escape, como já anotamos, que o artista eleva o objeto à dignidade da coisa. Coisa perdida desde sempre, mas marcada no ser, como um íntimo que está no externo, ou, como inova Lacan, o “extimo”.

Por fim, Lacan afirma que o artista provoca uma sensação estranha no modo como apresenta o objeto, não para representá-lo, eis que *Das Ding* é irrepresentável, lembrando que padece de significantes para tanto. Nas suas palavras, “o objeto é instaurado numa certa relação com a Coisa que é feita simultaneamente para cingir, para presentificar e para ausentificar” (LACAN, 1959-60/1997, p.176).

Assim, passando pelos conceitos do infamiliar e da sublimação, em Freud e Lacan, notamos uma ponte chamada arte. Caminhamos por marcantes ambiguidades, como algo que é “não familiar” e ao mesmo tempo “familiar”, *das Ding*, que, sendo impossível de se reencontrar, é a propriedade da coisa que permite qualquer encontro, o objeto que é algo extremamente íntimo ao sujeito, mas ao mesmo tempo, externo. Afinal, conseguimos nomear essa ponte (simbólica), mas continuamos sem vistas para o horizonte (do real). Continuamos buscando, no palco da vida, artistas que somos.

Referências bibliográficas

BAAS, Bernard. *O desejo puro*. Rio de Janeiro : Coleção Freudiana, 2001

CAVALCANTI, Cristina Aparecida Tannure; POLI, Maria Cristina Candal. *Estética e psicanálise: por uma crítica da modernidade*. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v.8, n.2, p.215-236, jul./dez. 2011. Disponível em [https://doi.org/ DOI:10.5007/1807-1384.2011v8n2p215](https://doi.org/DOI:10.5007/1807-1384.2011v8n2p215). Acesso em:8 maio 2024.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. Animismo e Indeterminação em “Das Unheimlich” de Sigmund Freud. In: IANNINI, Gilson. (Org.). *O Infamiliar*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, v. 1, p. 232-265.

FREUD, Sigmund. Análise Terminável e Interminável (1937) In: *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas*, v. 23. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *As pulsões e seus destinos*. Tradução de Pedro Heliodoro Tavares. – 1. ed.; 1. reimp – Belo Horizonte: Autêntica, 2014. (Obras Incompletas de Sigmund Freud; 2).

_____. *Escritores criativos e devaneio*. Rio de Janeiro: Imago, 1970.v. 9, (Obras Completas), 1908.

_____. *Moisés e o monoteísmo*: compêndio de psicanálise e outros textos. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1939.

_____. *Obras Completas, volume 14: História de uma neurose infantil* (“O homem dos lobos”), Além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920). Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *Obras Completas, volume 12: Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos* (1914-1916) / Sigmund Freud; tradução e notas Paulo César de Souza — São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *O estranho*. V. 17 (Obras completas), ESB, Rio de Janeiro: Imago Editora, 1919.

_____. *O Infamiliar [Das Unheimliche]*. Tradução de Ernani Chaves e Pedro Heliodoro Tavares, 1. ed.; 2. reimp. - Belo Horizonte: Autêntica, 2021. (Obras incompletas de Sigmund Freud; 8).

_____. *Pensamento vivo*. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2005.

_____. *Personagens Psicopáticos no Palco*. Rio de Janeiro: Imago, v.07, (Obras Completas), 1906.

_____. (Tradução: Jayme Salomão). O inconsciente. In: *História do movimento Psicanalítico, artigos sobre a metapsicologia e outros trabalhos*. (Edição Standart Brasileira das obras psicológicas Completas de Sigmund Freud, vol. XIV p. 165). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan* / Marco Antonio Coutinho Jorge. – 5.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

KOFMAN, Sarah. *A Infância Da Arte*. Rio de Janeiro: Relume, 1996.

LACAN, J. (1928) *Lettre à F. Alquié, 04.06.1928*. Bibliothèque Lacan, École Lacanienne de Psychanalyse. Disponível em: [http://www.école-lacanienne.net\(1932/1980\)](http://www.école-lacanienne.net(1932/1980)). De la psychose paranoïaque dans ses rapports avec la personnalité. Paris: Seuil (Points).

_____. (1936/1966) “*Au-delà du ‘Principe de réalité’*”, in *Écrits*. Paris: Seuil, p. 73-92.

_____. (1955-1956/1981) *Le séminaire*, livre III: les psychoses. Paris: Seuil.

_____. (1956-1957/1995) *O seminário*, livro 4: a relação de objeto. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

_____. (1957/1966) “*L’instance de la lettre dans l’inconscient ou la raison depuis Freud*”, in *Écrits*. Paris: Seuil, p. 493-528.

_____. (1959-1960/1986) *Le séminaire*, livre VII: l’éthique de la psychanalyse. Paris: Seuil.

_____. (1960) “*Conférence de Bruxelles sur l’éthique de la psychanalyse*”. Bibliothèque Lacan, École Lacanienne de Psychanalyse. Disponível em: <http://www.école-lacanienne.net>.

_____. (1964/1973) *Le séminaire*, livre XI: les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse. Paris: Seuil (Points).

LACAN, Jacques. *O Seminário, Livro 5: as formações do inconsciente*. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.

_____. (1976). *O Seminário, Livro 24: L’insu que sait de l’Une-bévués’aile à mourre*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. (1976-1977)

_____. (1975). *O Seminário, Livro 22: RSI*. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.

_____. (1966). *A ciência e a verdade in Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998.

_____. (1969) *O seminário, Livro 17: o avesso da psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

LANNINI, Gilson; TAVARES, Pedro Heliodoro. Freud e O Infamiliar. In: Gilson Iannini. (Org.). *O Infamiliar*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, v. 1, p.7-25.

MARTINI, André de; COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. *Novas notas sobre "O estranho"*. Tempo psicanal., Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 371-402, jun. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art - 48382010000200006%Ing=pt&nrm=iso>. Acesso em 05 maio de 2024.

MELMAN, Charles. *Novas formas clínicas no início do terceiro milênio*. Porto Alegre: CMC Editora, 2003.

SAFATLE, V. *A paixão do negativo: Lacan e a dialética*. São Paulo: EDUNESP, 2006.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Literário



iLer

Instituto
Interdisciplinar
de Leitura
PUC-Rio



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

O Forró de Mané Vito: a linguagem do cidadão comum e a linguagem jurídica na defesa dos direitos

Tadeu Luciano Siqueira Andrade*

Sumário

Introdução. 1. A obra de Zedantas: dos rincões do Pajeú ao mundo. 1.1. Conhecendo Zedantas. 1.2. Aspectos da obra de Zedantas. 1.2.1. Aspecto linguístico 1.2.2. Aspecto sociogeográfico e antropológico. 1.2. 3. Aspecto político. 2. *O forró de Mané Vito*: a linguagem como instrumento de defesa. 3. *O forró de Mané Vito*: uma análise da linguagem jurídica ou jurislinguística. Considerações finais. Referências.

Resumo

A linguagem é a ferramenta que possibilita a interação entre os diversos grupos sociais e entre os homens e o mundo que o cerca. Não se fala em interação sem falar em linguagem, uma vez que a linguagem é a interação por excelência. Este artigo busca analisar a linguagem jurídica na obra *O forró de Mané Vito*, considerando um diálogo entre um sertanejo acusado da prática de um crime e um delegado. Partindo do pressuposto de que a linguagem jurídica é também uma das formas de comunicação específica, o artigo apresenta algumas considerações acerca das interações em contextos da lei e suas implicações linguísticas.

Abstract

The language is the tool that enables interaction between different social groups and between men and the world around them. We cannot talk about interaction without talking about language, since language is the interaction par excellence. This article seeks to analyze the legal language in the work O forró by Mané Vito, considering a dialogue between a countryman accused of committing a crime and a police officer. Based on the assumption that legal language is also one of the specific forms of communication, the article presents some considerations about interactions in legal contexts and their linguistic implications.

Palavras-chaves: Contexto. Direito. Interação. Língua. Semântica.

Keywords: Context. Interaction. Language. Right. Semantics.

Introdução

A linguagem é o instrumento pelo qual o homem se expressa, interage, vive e convive no meio social onde está inserido. Como a sociedade é diversificada, apresenta uma diversidade linguística, influenciada por diversas questões sociais, políticas, culturais e econômicas. A linguagem não está apenas relacionada ao faltante, mas também a todo

* Pós-Doutor em Linguística. Bacharel em Direito. Licenciado em Letras. Professor da Universidade do Estado da Bahia (Campus IV). Advogado.

o contexto, considerando os interlocutores, o assunto, o espaço físico e social onde ocorrem as interações.

Este artigo visa à análise da linguagem jurídica, confrontando com a linguagem do cidadão comum, mostram os diversos uso linguísticos que convivem nos diferentes contextos sociais, partindo do pressuposto que a linguagem deva ser um meio de defesa e conhecimento de direitos, não funcionar como um arame farpado eficaz para impedir o exercício da cidadania e o acesso aos bens culturais e à justiça conforme defende Gnerre (1999).

Nos contextos do poder, a linguagem, nem sempre, está a serviço do cidadão comum. É frequente o uso dela como um instrumento de imposição de regras e dominação, havendo uma relação assimétrica tanto do ponto de vista dos papéis sociais quanto dos aspectos linguísticos. Usando como base o poema *O forró de Mané Vito*, de autoria do compositor Zedantas¹, cuja obra retrata a vida e a cultura do sertanejo, analisamos a maneira como o sertanejo se apropria da linguagem para interagir e defender seus direitos em quaisquer contextos.

Adotamos os pressupostos da pesquisa documental e bibliográfica, consultando reportagens, encartes de LPs, livros e demais fontes acerca do tema. Dividimos o artigo em três seções. Na primeira, abordamos a obra de Zedantas nos aspectos social, político, cultural e linguístico. Na segunda, analisamos o poema em foco, a partir dos aspectos semântico-lexical e discursivo-pragmático e a linguagem como instrumento de defesa. Na terceira, apresentamos uma análise de *O Forró de Mané Vitor* à luz da linguagem jurídica ou jurilinguística em uma visão pragmática. Em seguida, fazemos as considerações.

1. A obra de Zedantas: dos rincões do Pajeú ao mundo

1.1. Conhecendo Zedantas

José de Souza Dantas Filho nasceu em Carnaíba – PE, microrregião do Sertão do Alto Pajeú, em 12 de fevereiro de 1921, faleceu no Rio de Janeiro no dia 11 de março de 1962. Zedantas era considerado um estudioso da cultura sertaneja. Embora residisse na capital, estudando Medicina, sempre estava ligado ao Sertão. Por isso, sua obra descreve muito bem o sertão nordestino. Luiz Gonzaga, um dos parceiros da música de Zedantas, em entrevista ao *Jornal do Brasil*, 30/07/83 disse: “Zé Dantas veio do sertão brabo. Eu costumava dizer que eu podia sentir o cheiro de bode na pessoa dele”, (Rennó et al. 1990: 41).

1.2. Aspectos da obra de Zedantas

A obra de Zedantas ancora-se em três aspectos que se interrelacionam. Do espaço geográfico, parte para descrever as interações humanas e as interações do homem com o sertão, dando à obra um cunho geográfico e socioantropológico. Ao mesmo tempo que descreve, narra e critica, Zedantas contextualiza sua produção literária no cenário brasileiro, inserindo a sua obra em três aspectos:

¹ Usamos a grafia Zedantas, conforme a assinatura do autor no encarte do LP *Luiz Gonzaga canta seus sucessos com Zé Dantas* (1959) – RCA Victor, relançamento em CD.

1.2.1. Aspecto linguístico

Zedantas não apresenta preocupação com as normas da gramática tradicional, mas com as normas da gramática da língua em uso. Descreve a linguagem do sertanejo como ela é e usada nos diversos contextos de interação, desde a vida diária aos ambientes mais formais. O autor utiliza, em sua obra, a própria linguagem, musicalidade e poesia do sertanejo para descrever a vida do homem no sertão, sua realidade ecológica e social para divulgar as suas tradições, crenças e valores, desconhecidos pelas regiões Sul e Sudeste, segundo Ferreti (2007).

Analisando, do ponto de vista linguístico, a obra de Zedantas, encontramos processos criticados pela gramática normativa, mas mostram a originalidade e a realidade linguística da fala do sertanejo. Em *vem morena*, primeira música em parceria com Luís Gonzaga, considerando os fragmentos: *Esse seu suó sargado é gostoso e tem sabô²/o corpo suado cu'esse chêro de fulô/Tem o gosto temperado dos tempero dos amô*, encontramos os seguintes processos: a) o rotacismo, a troca de um fonema por outro, por exemplo, /l/ por /r/ em *sargado* em vez de *salgado*; b) o apagamento da consoante /r/ em final de sílaba (rótico) e manutenção da tonicidade na vogal, como ocorre em *fulô* (flor), *sabô* (sabor); c) a epêntese vocálica, intercalação de um fonema, como em *fulô* (flor); d) a monotongação, a perda do ditongo /ei/ em *chero* (cheiro).

Em *A volta da asa branca*, Zedantas mostra mais dois processos linguísticos: a) a despalatalização ou a perda de traço palatal na articulação de um fonema como em *muié séria e dos homim trabaiaador*, o fonema /i/ apagou a palatização /lh/; b) a não concordância entre o substantivo e o adjetivo, como em *das muié séria e dos homim trabaiaadô* porque estudos sociolinguísticos defendem que a concordância marcada nos verbos e nos nome é uma redundância, o falante efetua a concordância no determinante *das* e *dos*.

Em *O xote das meninas*, Zedantas insere a cultura na linguagem, fazendo uma abordagem linguística e antropológica, segundo a teoria de Sapir, que inter-relaciona língua e cultura. Para Andrade (2002), nesse poema, há uma relação metafórica entre o mandacaru florando na seca como prenúncio de chuva, e o enjoo menina para com a boneca como a transição da fase pueril para a juventude. Retratando a sabedoria popular, Zedantas escreveu: *mandacaru quando fulora na seca/é o sinal que a chuva chega no sertão/ toda menina que enjoa da boneca/ é sinal que o amô já chegou no coração*".

Em *A volta da Asa branca*, mais uma vez, Zedantas relaciona a sabedoria popular e a natureza ao comparar as trovoadas com a volta da asa branca indicando chuva, nos versos: *já faz três noites/Que pro norte relampeia/A asa branca/Ouvindo o ronco do trovão/ Já bateu asas/E voltou pro meu sertão*.

A variação linguística e a riqueza lexical sempre estiveram presentes na obra de Zédantas, que buscou, na simplicidade e na cultura do sertanejo, a inspiração da sua poesia. Em *ABC do Sertão*, uma das obras-primas de Zedantas no que se refere à fala do sertanejo, o autor melodicamente, descreve o processo fonético-fonológico das consoantes e a forma como esses fonemas são articulados. Dizer o *J é ji*, o *L é lê*, o *S é si*, mas o *R tem nome*

² Para manter a originalidade da fala do sertanejo, procuramos transcrever os fragmentos da obra de Zedantas conforme a grafia e a concordância presentes nos poemas constantes nos encartes dos CDs. Não se trata de uma transcrição fonético-fonológica, mas de uma mera adaptação grafofônica.

de rê não é errado, é mostrar o processo articulatório desses fonemas. Errado é o estigma que se criou da fala do sertanejo.

1.2.2. Aspectos sociogeográfico e antropológico

Zedantas concilia o aspecto social e cultural no espaço geográfico onde ocorrem as interações humanas e a relação do sertanejo com o espaço natural, em um tom bucólico e nostálgico, lembrando o aboio do vaqueiro na caatinga, o cantar dos pássaros distantes da terra civilizada, o som do chocalho, o retorno da asa branca como anúncio das primeiras chuvas, as farinhadas, a fala do sertanejo, a sabedoria popular e os forrós como forma de diversão do povo sertanejo. Em *Riacho do Navio*, Zedantas faz uma intertextualidade com o provérbio *as águas só correm para o mar* quando descreve o percurso do Riacho do Navio, ao dizer: *Riacho do Navio/Corre pro Pajeú/O rio Pajeú vai despejá/No São Francisco/O rio São Francisco/ Vai batê no meio do mar*.

A cultura popular não deve ser motivo de crítica ou de vergonha. O que o povo produz deve ser examinado em seu contexto, visando a identificar as circunstâncias das interações e a realidade que representa, defendeu Zedantas, segundo Ferreti (2007).

O contexto das interações, a sabedoria, o inconsciente linguístico, as relações do homem com o espaço natural são imprescindíveis à compreensão de qualquer obra seja científica ou literária.

Para Andrade (2002), Zedantas escreveu para o povo e sobre o povo. Sua obra é, sem dúvida, uma ida ao povo com suas crenças, sabenças e experiências diárias. Por exemplo, em *Acauã*, elegia sertaneja, (denominação nossa), o autor reflete o medo e a tristeza causados pela seca, simbolizada pelo canto de mau agouro do³ acauã. Zedantas não adota uma temática específica em uma determinada composição. Faz sempre uma intertextualidade em que a temática de um poema está presente em outro.

1.2. 3. Aspecto político

A seca é um problema constante no sertão ao longo da história. Faltam políticas públicas que possibilitem condições de o sertanejo viver no semiárido e enfrentar o fantasma da seca. Em 1953, o Nordeste passou por uma grande seca. Nesse ano, Zedantas escreveu *Vozes da Seca*, considerada a primeira música de protesto gravada no Brasil. É a voz do Nordeste dirigida ao Governo Federal, é a polifonia dos sertanejos que, à época, tinham fome, sede de água, de justiça social, de trabalho e de sobrevivência. Nesta obra, acreditava o autor ter interpretado o sentimento do sertanejo diante das atrocidades da seca. A receptividade de *Vozes da Seca* foi considerável que a transformou no hino do Nordeste, afirma Zedantas em Ferreti (2007). Esse poema consiste em uma crítica do autor às medidas adotadas pelo governo para combater a seca, exigindo medidas urgentes e eficazes.

Mas doutor, uma esmola a um homem que é são/Ou lhe mata de vergonha ou vicia o cidadão/É por isso que pedimos proteção a

³ O substantivo *acauã* pode ser usado tanto no masculino quanto no feminino. Portanto, podemos dizer *a acauã* ou *o acauã*.

vosmicê/Homem, por nós, escolhido, para as rédias do poder [...]. Dê serviço a nosso povo, encha os rios e barragens/Dê comida a preço bom, não esqueça a açudagem/Livre assim, nós da esmola/que no fim desta estiagem/Lhe pagamo inté os juro sem gastar nossa coragem. (Zedantas, 1953).

Devido à crítica presente em *Vozes da Seca*, Getúlio Vargas, Presidente da República da época, procurou conhecer pessoalmente Zedantas. (BANDEPE, 1989).

No poema *Paulo Afonso*, Zedantas cita Delmiro Gouveia, idealizador da Usina de Paulo Afonso, e os políticos que transformaram a projeto de Gouveia em realidade, mas enaltece o trabalho e a bravura do sertanejo em *Olhando pra Paulo Afonso/Eu louvo nosso cassaco/Caboclo bom verdadeiro*. (destaque nosso). *Paulo Afonso* foi uma das músicas de Zedantas que a censura quis vetar, segundo Luiz Gonzaga em entrevista à *Folha de S. Paulo* em 23/3/78. O *cassaco* é o trabalhador braçal que, com sua coragem, enfrentando a força do rio São Francisco, concretizou a usina de Paulo Afonso. Por isso, o poeta disse: *Vejo a indústria gerando riqueza/Findando a seca/salvando a pobreza/Ouço a usina feliz mensageira/Dizendo na força da cachoeira/O Brasil vai*.

Em *A Profecia*, gravada em 1962 por Luiz Gonzaga, um ano após a morte de Zedantas, o compositor apresenta uma dose de ironia, anunciando um futuro de abundância, de riqueza e livre da pobreza, alcançado por meio do desaparecimento dos pobres, mortos por inanição: *Pro gosto dos doutô/Vai o pobre se arrasá/ Pra cozinha/ Pra prantá todo esse chão/ Prô doutô comê feijão/Quem será que vai ficá?* Essa canção é uma crítica social em relação à tendência da época (Pernambuco, 2020). As músicas de protesto, incluindo *Vozes da Seca*, *Paulo Afonso* e *A Profecia*, foram censuradas devido à sua crítica ao sistema sociopolítico da época.

2. O *forró de Mané Vito*: a linguagem como instrumento de defesa

A palavra *forró* segundo Houaiss (2011), é uma redução do termo *forrobodó* (origem obscura) e significa baile popular, confusão, tumulto. O sertanejo costuma a comemorar os momentos de alegria de várias maneiras: nas vaquejadas, nas farinhadas, nas cantorias de repentes e viola, nas novenas dos santos de sua devoção e proteção, onde se juntam o sagrado e o profano. Homens e mulheres se reúnem para comemorar suas tristezas e esquecer as atrocidades da vida, dançam ao passo miúdo e recatado ao embalo da sanfona, como dizia Humberto Teixeira (1968). Zedantas compõe *O forró de Mané Vito*, relatando um *forró*, onde o sertanejo diverte-se, bebe uma pinga (cachaça), namora, ciúma da sertaneja e às vezes, em defesa da honra e da moral, resulta em confusão. Esse poema é uma narração na delegacia, retrata um depoimento de um sertanejo acusado de envolver-se em uma briga seguida de morte, que faz “o samba se acabar” (Pernambuco, 2020).

Para Andrade (2002), o sertanejo, apesar de viver castigado pela seca, pelas forças geopolíticas sob um sol inclemente, é pacífico, porém, quando lhe perturbam, age com bravura e defende sua honra. À época, era comum o uso da expressão *a honra deve ser lavada com sangue* para se referir à defesa da honra. Assim, registrou Zedantas: *Se ninguém bulir comigo/Num sou homem pra brigá/Mais nessa festa/Seu doutô, perdi a carma/Tive que pegá nas arma/Pois não gosto de apanhá*. O acusado, usando a argumentação,

apresenta sua defesa, justifica que pegou nas armas, pois tinha apanhado e não era de brigar. Mediante uma linguagem persuasiva, o sertanejo justifica a motivação do crime, assume sua atuação e preserva a sua face. Quando diz *num homem pra brigar*, mostra que é pacífico.

Afirma o autor acerca de *O forró de Mané Vito*:

O matuto nordestino habitualmente é calmo e respeitador, aparentando na sua postura desgraciosa aviltante humildade. Não obstante, vivendo numa terra onde a ausência de grandes latifundiários fez de cada indivíduo um pequeno proprietário independente e ativo, quando agredido, agiganta na revolta, exibindo coragem bravia. (Zedantas, 1959)

O sertanejo, mesmo desconhecendo os aspectos formais determinados pela gramática, adapta sua linguagem ao contexto, preserva a face, buscando uma polidez. Segundo Goffman (1967), nas interações, o homem procura agir conforme uma determinada linha de conduta mediante um padrão de comportamento verbal. Assim mostra o diálogo entre o sertanejo e o delegado em *O forró de Mané Vito*. Na delegacia, apesar de não ser um ambiente jurídico propriamente dito, é recorrente o uso da linguagem formal e autoritária. Comumente, um processo-crime surge com uma queixa-crime prestada à autoridade policial. Por essa razão, apresentam-se indícios da linguagem jurídica no poema em análise.

3. *O forró de Mané Vito*: uma análise da linguagem jurídica ou jurislinguística

O universo judiciário é composto por rituais elaborados que não fazem parte do cotidiano do cidadão comum. Além de não conhecer os procedimentos do mundo jurídico, o cidadão comum desconhece as normas que regem o direito. Todo o contexto judiciário é baseado em normas rígidas previstas em instrumentos normativos, porém, esse universo é ancorado na linguagem. Daí, a interdependência direito e linguagem.

O Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. (Calmon de Passos, 2001, p.63-64)

O forró de Mané Vito, considerando à estrutura composicional dos gêneros textuais do mundo jurídico, é uma narrativa. O processo nasce a partir de um fato ou uma sequência de fatos ocorridos em um determinado espaço físico-temporal. Tudo o que ocorreu é levado às autoridades. Nesse caso, o delegado. O autor apresenta: a) o acontecimento: *Eu num matei o homim, não/Só dei uns risquinhos*; b) causa: *quando o Zeca de Sianinha/Me proibiu de dancá*; c) ação: *Pra Zeca se assombrá/Mandei Pará o fole/Mais o cabra não é mole/Quis parti pra me pegá/Puxei do meu punhá/Soprei o candeeiro/Botei tudo pro terreiro/Fiz*

o samba se acabar; d) consequência: *Eu num matei o homem, não/Só dei uns risquinho/O cabra é um cara morredó, doutô*.

Ao mesmo tempo que o texto aponta os elementos que constituem a narrativa jurídica, apresenta os argumentos de defesa que justificam a ação do acusado, ao dizer: *Seu delegado, sem encrenca/Eu não brigo/Se ninguém bulir comigo/Num sou homem pra briga/Mas nessa festa/Seu doutô, perdi a carma/Tive que pegá nas arma/Pois não gosto de apanhá*.

Diante da análise da narrativa, percebemos que:

Todos os falantes de uma língua conseguem narrar e compreender história, acontecimentos, experiências pessoais, todos possuem uma competência narrativa [...]. A narrativa reúne conceitos como intenções, objetivos, ação, causa, consequência, intrigas, resolução de problemas, tudo isso inserido em uma sequência temporal em que os fatos são apresentados relacionados entre si. (Sparano *et al.* 2012, p. 50)

O direito só é possível mediante a palavra, ou seja, a linguagem. Suprimindo-a, automaticamente suprimir-se-á o direito, afirma Robles (2010). Por meio da linguagem, o magistrado julga, decide, o promotor e o advogado acusam ou defendem. Enfim, tudo é dito em palavras. É o exercício da jurisdição (*juris+dicere, dizer*), pois “no Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réu” (Colares, 2010, p. 10). Em *O forró de Mané Vito*, tanto a ordem do delegado quanto a argumentação do acusado se deram mediante palavras.

Para a análise da linguagem jurídica, na visão pragmática, é imprescindível aplicar a teoria dos atos de fala criada por Austin na década de 60. Segundo Austin (1990), quando falamos, realizamos três atos: a) *locutório* é o ato de dizer e consiste em dizer algo, expressar algo; b) *ilocutório* não consiste apenas em passar a intenção, porém, constatar, protestar algo ou advertir uma situação; c) *perlocutório* visa provocar efeito no interlocutor, influenciando seus sentimentos ou pensamentos. Na interação, em uma só fala, podemos expressar os três atos. Ao dizermos algo, exercemos a comunicação (*locutório*), temos um objetivo (*ilocutório*) e ao mesmo tempo buscamos convencer, influenciar o comportamento do interlocutor (*perlocutório*).

Em *O forró de Mané Vito*, constatamos esses três atos integrados. Na fala do sertanejo, há: i) a sequência de atos que levaram à confusão: *dançava com Rosinha quando o Zeca de Sianinha/me proibiu de dançar*; b) os argumentos descrevendo, contestando, alegando as causas: *num sou homem pra brigá/mas nessa festa/seu doutô, perdi a carma/quis parti pra me pegá/puxei do meu punhá...;* c) busca convencer o delegado, objetivando configurar os requisitos de uma legítima defesa: *mas o cabra não é mole/quis partir prá me pegá, puxei do meu punhá/ Só dei uns risquinho*. Esses argumentos podem influenciar no delegado uma mudança de visão acerca do crime.

Em um só ato de fala, *Tá conversando, sujeito!*, o delegado também profere concomitantemente os três atos: a) diz algo, após ouvir o acusado; b) não concorda com argumentos do réu; c) expressa o autoritarismo como gerenciador da interação. Esse ato é consequência da relação de poder e do contexto da interação. Trata-se de uma interação

institucional que acontece em contextos mais rígidos. Não há uma negociação nas regras interacionais, existe uma relação assimétrica e um dos integrantes tem a prerrogativa de coordenar a interação, segundo Andrade (2021).

Na linguagem jurídica, deve haver a preservação da em face de fim de garantir a harmonia na interação. Goffman (1967) defende que, nas interações, os seres humanos preservam a face mediante duas práticas: a) práticas defensivas: desenvolvidas a fim de preservar a própria face; b) práticas protetoras: direcionadas ao outro. Em *O forró de Mané Vito*, o sertanejo usou as duas práticas. Defendeu sua honra. Na sua fala, empregou eufemismos em relação à vítima: *O cabra é um cara morredô, douto* e para preservar a face da vítima, recorreu da ironia: *Mas o cabra num é mole/quis partir pra mim pegá*.

Essas estratégias para a preservação da face foram abordadas inicialmente na Linguística por Brown e Levinson na teoria da polidez. Segundo Silveira e Abritta (2015), na interação, a polidez busca a aprovação (sentido positivo) e o desejo de não sofrer imposição (sentido negativo). A teoria da polidez é importante para analisar os crimes como a calúnia injúria e difamação, uma vez que a honra objetiva (o valor que o sujeito tem no contexto social) ou subjetiva (valor que o sujeito tem de si mesmo) é o objeto desses delitos. Referindo-se da polidez em *O forró de Mané Vito*, observamos uma impolidez na fala do delegado, em relação à escolha lexical *sujeito*, que traz um sentido pejorativo e discriminatório, neste contexto da interação. Essa expressão ainda é pejorativa, sobretudo quando usada no feminino.

Na fala do sertanejo, evidenciamos uma preservação da face e uma polidez no uso das formas de tratamento para se referir ao delegado: *seu doutô, Vossa Senhoria, seu delegado*. Esses termos são convencionados por regras impostas e não fazem parte da realidade linguística do cidadão comum, mas ele os usa como também uma linguagem “suave” por exigência do próprio contexto e para sua preservar sua face.

A linguagem em espaços onde predomina a lei pode ser compreendida pelos interlocutores, se os profissionais do direito evitassem a formalidade excessiva e os mecanismos processuais incompreensíveis principalmente ao público leigo. Em *O forró de Mané Vito*, não há evidências de que não houve interação devido à obscuridade e ao hermetismo da linguagem. O sertanejo interagiu com o delegado, usando sua linguagem simples, constituiu sua defesa, entendeu e foi entendido. Na verdade, nas interações, o que dificulta não é a linguagem em si mesma, são o autoritarismo e o tecnicismo linguístico exacerbado por alguns juristas. Como afirma Alves (2010), nos contextos forenses e similares, o acesso à justiça, haja vista a linguagem, os moldes formais e os ritos que o operam, permanece inacessível aos cidadãos leigos.

Considerações finais

Ao usar a linguagem, o homem não só expressa a sua vontade, mas também apresenta uma visão de mundo a partir de sua vida na coletividade. A linguagem quando convence e influencia o interlocutor exerce sua função social. Assim fez Zedantas, partindo da realidade cultural, política e econômica dos rincões do Pajeú, traduziu para o Brasil e para o mundo a vida do sertanejo. Na sua poesia, os significados padronizados culturalmente apresentam sentidos amplos, admitem outros matizes semânticos, haja vista o contexto onde as interações humanas e as interações entre o homem e o mundo ocorrem. Assim,

a produção de sentidos das palavras passa por alto grau de dependência contextual que o próprio homem criou porque nada não há palavras em vão. O sentido delas não está nos dicionários, está, portanto, integrado aos usos e mediante os diversos processos linguísticos, semânticos e pragmáticos. O falante constrói seu discurso com base nas experiências cotidianas nos usos e costumes que repercutem na sociedade.

A linguagem coloca à disposição do falante possibilidades de escolhas e consequentemente impõe limites a essas escolhas. Não se trata de erro, mas de adequação linguística. Em *O forró de Mané Vito*, o acusado constituiu sua defesa sem usar a técnica jurídica, compreendeu e foi compreendido, fez suas escolhas linguísticas que permitiram uma avaliação positiva da discussão deixando a entender que o crime configurou em uma legítima defesa. Mesmo estando em uma interação institucional e considerando a assimetria nos papéis de delegado e acusado, este desenvolveu sua competência linguística diante daquele.

Do ponto de vista da linguagem jurídica, a obra de Zedantas, com ênfase em *O forró de Mané Vito*, mostra uma visão de que é possível uma interação desprovida de tanta técnica quando uma das partes da relação não tem vivência com o mundo jurídico. A linguagem da lei, segundo Warat (1995), é uma vertente da linguagem natural, apenas falada por sujeitos de papéis sociais distintos. É importante que os cursos jurídicos possibilitem aos profissionais do direito uma visão social da linguagem não apenas como uma norma prescritiva, mas uma norma que tenha a função de assegurar a harmonia nas interações.

O falar do sertão são as expressões vivas e sentidas pelo sertanejo, são ensinamentos que provêm das práticas linguísticas diárias, dos leitos dos rios, dos aboios do vaqueiro, consolando a rês, das conversas das lavadeiras ao redor das cacimbas, dos engenhos, das farinhadas, dos “causos” cantados pelos cordelistas, dos depoimentos nas delegacias, dos tribunais onde se denunciam as injustiças sociais, transformando a vida do sertanejo em um cenário cultural. Tudo isso constituiu o universo linguístico e cultural, no qual Zedantas encontrou a temática de sua obra.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito*. Barueri, SP, Manole, 2010.

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. Lendo Zé Dantas numa perspectiva linguístico-histórico-social. Entrelinhas. *Revista do Curso de Letras*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Ano II. n.4. mar. 2002. p. 66-69.

_____. *A vulnerabilidade comunicativa em audiências nas varas de relações de consumo: uma análise à luz da ecolinguística*. Tese (doutorado em Linguística) – Universidade de Brasília, Instituto de Letras, Departamento de Linguística, Português e Línguas Clássicas, Programa de Pós-Graduação em Linguística. p. 194. 2021.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: Palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

CARNAÍBA Vozes da seca e da beleza. *Jornal Bandepe*: Banco do Estado de Pernambuco. Recife, outubro de 1989.

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 102, São Paulo, 2001 p.63-64.

COLARES Virginia, apresentação: por que a linguagem interessa ao direito? *Linguagem e direito / organização Virginia Colares*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

FERRETTI, Mundicarmo Maria Rocha. *Baião dos Dois*: A música de Zedantas e Luiz Gonzaga no seu contexto de produção e sua atualização na década de 70. Recife: CEPE, 2007.

GNERRE, Maurício. *Linguagem, poder e discriminação*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOFFMAN, Erving. *Interaction Ritual: Essays on Face-to-Face Behavior*. Doubleday, Garden City, N.Y., 1967.

GONZAGA, Luiz. *Meus sucessos som Humberto Teixeira*. São Paulo: RCA Camden Catálogo: CALB 5192. 1968. 1LP

_____. *Luiz Gonzaga canta seus sucessos com Zedantas*. São Paulo: RCA: BMG. 1959. 1 CD Remasterizado.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2011.

PERNAMBUCO. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei Ordinária nº 001301/2020*. Adota o compositor José de Souza Dantas Filho (ZÉ DANTAS) como Patrono dos Compositores Pernambucanos da Música Regional Nordeste. Diário Oficial do Estado de Pernambuco. Poder Legislativo. Recife 1º de julho de 2020. Ano XCVII nº 110, p. 16.

RENNÓ, Carlos; CHAGAS, Luiz; BRUNO J. C. *Vozes do Brasil*: Luiz Gonzaga. São Paulo: Martin Claret, 1990.

ROBLES, Gregório. *O direito como texto: bases para uma teoria comunicacional do direito*. Barueri, SP: Manole, 2010.

SPARANO, Magali; GEBARA, Ana Elvira L.; CABRAL, Ana Lúcia T.; CARVALHO, Helba; CURY, Beth. *Gêneros textuais: construindo sentidos e planejando a escrita*. São Paulo: Terracota, 2012.

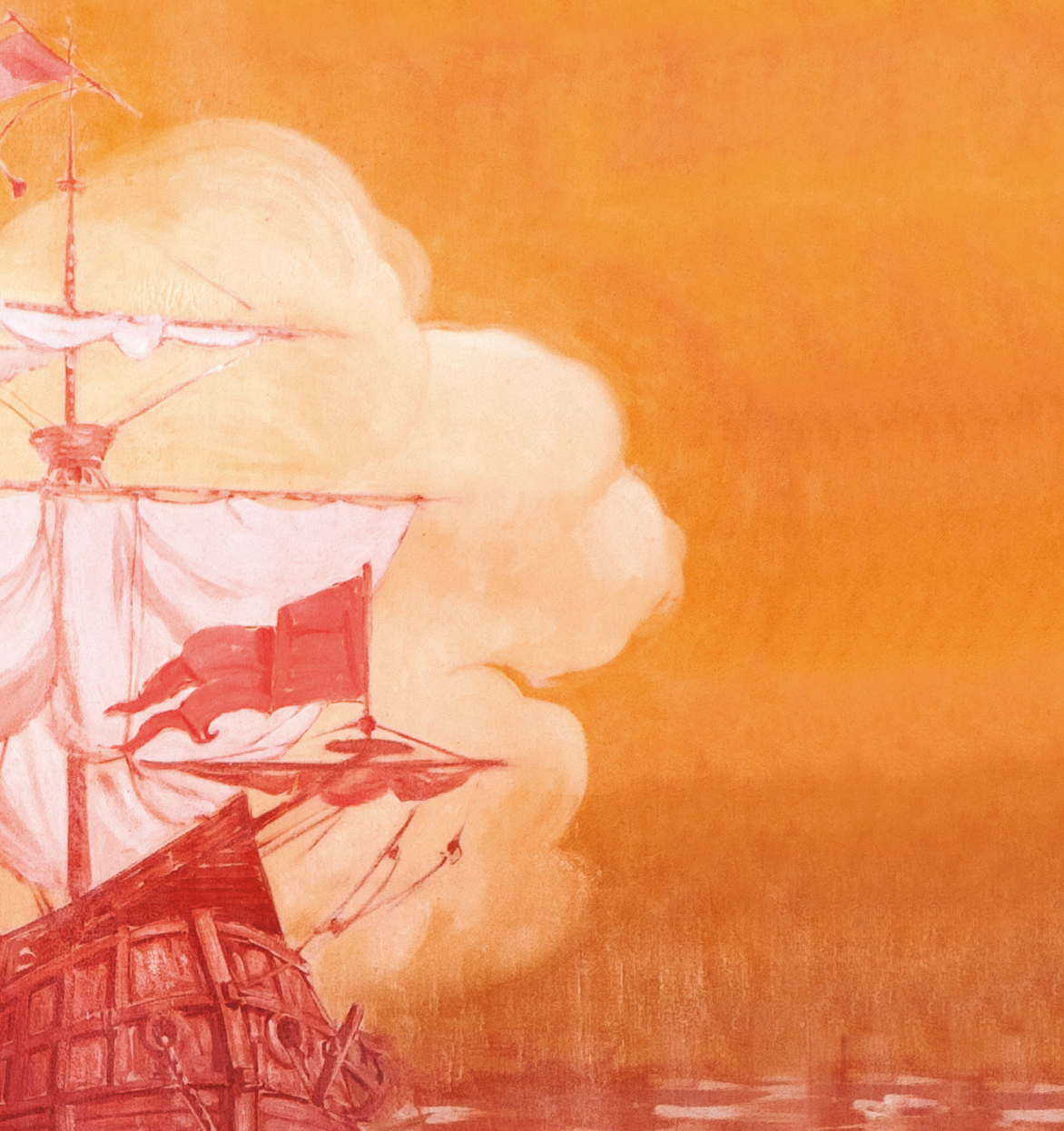
SILVEIRA, Sonia. Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali. Trabalhos de face e os limites da impolidez no discurso jurídico. In: SILVEIRA, Sonia Bittencourt; ABRITTA, Carolina Scali; VIEIRA, Amitza Torres. (Org.). *Linguística Aplicada em Contextos Legais*. 1ª ed. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, v., p. 73-120.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Orientação 001/2023 – LGPD¹

Assunto: Necessidade ou não de demonstração de interesse jurídico por parte de cidadão/advogado que não figure como parte/patrono para pedir cópias de procedimentos extrajudiciais que tramitem no MPRJ

Trata-se de consulta feita por membro do Ministério Público do Rio de Janeiro ao Encarregado pelo Tratamento de Dados do MPRJ, no seguinte sentido:

- Em hipótese relativa ao pedido de cópias por Advogados e cidadãos *que não figurem como parte em procedimentos extrajudiciais*, torna-se relevante, ante ao direito fundamental da autodeterminação informativa, consultar se, não obstante o princípio da publicidade, de igual sede constitucional, há razoabilidade em se exigir a demonstração de interesse jurídico para a obtenção de cópias dos autos.
- Esclareço que a dúvida provém do fato de que tais volumes contém elevado volume de dados pessoais de partes, advogados e demais agentes relacionados, como dados qualificativos, endereços, fichas financeiras e funcionais, relatórios de análises de vínculos intersubjetivos etc.

Recebido o Expediente, este Encarregado passa à sua análise.

PRELIMINAR – DA ATRIBUIÇÃO DO COMITÊ ESTRATÉGICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PARA ANÁLISE E MANIFESTAÇÃO QUANTO À CONSULTA FORMULADA

Consoante a Resolução GPGJ nº 2.434/21, em seu art.7º, inc. IV, compete ao Encarregado pelo Tratamento de dados Pessoais:

Receber e analisar os pedidos encaminhados pelos titulares dos dados pessoais, como reclamações e comunicações, prestar esclarecimentos e adotar providências relacionadas ao tratamento de dados pessoais.

A consulta, no caso, não foi realizada por titular do dado pessoal, mas sim por Promotor de Justiça, isto é, membro da Instituição, razão pela qual entendo que a atribuição para a sua análise é do Comitê Estratégico de Proteção de Dados Pessoais (CEPDAP), órgão colegiado composto por representantes de diversos órgãos, a saber: Corregedoria-Geral, Subprocuradoria-Geral de Justiça e Planejamento e Políticas Institucionais, Ouvidoria, Coordenadoria de Segurança e Inteligência, Secretaria-Geral do Ministério Público e Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação.

¹ Versão atualizada com as Resoluções GPGJ nº 2.604, de 19 de junho de 2024 (Revoga a Resolução GPGJ nº 2.476, de 8 de julho de 2022, e estabelece a nova normativa sobre a emissão de certidões sobre a existência, ou não, de procedimentos formalmente instaurados por membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) e ainda a nº 2.631, de 01 de novembro de 2024 (Dispõe sobre o fornecimento de cópias, impressões e mídias de armazenamento e sobre a autenticação de documentos, processos e procedimentos no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

O fundamento reside no art. 2º, inc. VIII da Resolução supramencionada, no sentido de que incumbe ao CEPDAP “opinar sobre outras questões afetas à proteção de dados pessoais”.

Desse modo, o Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais, na função de Presidente do CEPDAP (art. 3º, *caput*, da Resolução GPGJ nº 2.434/21), levou o questionamento ao CEPDAP, que debateu o tema e passa a opinar nos termos adiante expostos.

1) Da condição do MPRJ como controlador de dados pessoais

O controlador é o agente responsável por tomar as principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e por definir a finalidade deste tratamento. Entre essas decisões, incluem-se as instruções fornecidas a operadores contratados para a realização de um determinado tratamento de dados pessoais.

A definição legal de controlador se encontra no art. 5º, VI, da LGPD:

Art. 5º, VI. Controlador: Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

O conceito possui elevada importância prática, uma vez que a LGPD atribui obrigações específicas ao controlador, como a de elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais (art. 38), a de comprovar que o consentimento obtido do titular atende às exigências legais (art. 8º, § 2º) e a de comunicar à ANPD a ocorrência de incidentes de segurança (art. 48).

Além disso, a atribuição de responsabilidades em relação à reparação por danos decorrentes de atos ilícitos é distinta de acordo com a qualificação do agente de tratamento, isto é, se controlador ou operador, conforme o disposto nos arts. 42 a 45.

2) Da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais quantos aos dados pessoais presentes em procedimentos extrajudiciais

Conforme art. 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD:

Esta Lei dispõe sobre o *tratamento de dados pessoais*, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

E, segundo disposto no art. 5º, inciso V, para os fins da lei, considera-se titular a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.

Disciplina o art. 5º, inciso I, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que se considera dado pessoal a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

Vainzof (2021) informa que não somente a informação relativa à pessoa diretamente identificada estará protegida pela Lei, mas também aquela informação que possa – tenha o potencial de – tornar a pessoa identificável:

Assim, nome, prenome, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; informações relativas à saúde, à genética, à orientação sexual, às convicções políticas, religiosas e filosóficas; números de telefone, registro de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, gostos e interesses são apenas alguns exemplos de dados pessoais que pautam a vida em sociedade.²

Consoante Danilo Doneda, é importante distinguir dados gerais de dados pessoais, pois estes últimos possuem um vínculo objetivo com a pessoa, justamente por relevar aspectos que lhe dizem respeito.³

Acerca do dado pessoal sensível, disciplina o art. 5º, II, da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Para Konder (2019), no que tange à sensibilidade do dado, os dados sensíveis são dados pessoais especialmente suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, como estigmatização, exclusão ou segregação, de modo que seu tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionando a sua identidade pessoal ou privacidade. Por conta disso, é inviável conceder rol taxativo de dados sensíveis, já que eles são definidos pelos efeitos potencialmente lesivos do seu tratamento, tendo o legislador optado por conceituação exemplificativa, fazendo referência a informações de caráter racial, étnico, político, sindical, religioso, filosófico, de saúde, sexual, genético ou biométrico.⁴

² Vainzof, Rony. Disposições Preliminares. In: Maldonado, Viviane Nóbrega. Blum, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 95.

³ DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Artigo publicado em: Espaço Jurídico Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 91. Disponível em <https://doneda.net/a-protacao-dos-dados-pessoais-como-um-direito-fundamental/>. Acesso em 15/06/2023.

⁴ Konder, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: Frazão, Ana. Tepedino, Gustavo. Oliva, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 453 e 455.

3) Dos Princípios da Proteção de Dados Pessoais

A Constituição Federal assegura o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5º, LXXIX).

Outrossim, a LGPD objetiva proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º), destacando que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar os princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas (art. 6º).

Seguindo as orientações da LGPD, os dados pessoais⁵ e os dados pessoais sensíveis⁶ podem ser tratados somente nas hipóteses dos arts. 7º, 11 e 14, sendo que, fora dos casos elencados, é vedado qualquer tipo de operação, seja de coleta, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, utilização, transferência, difusão, entre outros, ressalvados os demais casos previstos em legislação própria.

Assim, no tratamento de dado pessoal e/ou de dado pessoal sensível pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, como o caso em comento (fornecimento de cópias e disponibilização de procedimentos extrajudiciais), deve-se observar preceitos norteadores da privacidade de dados, em especial aos de finalidade (art. 6º, I – LGPD) e segurança (Art. 6º, VII – LGPD), conformizando-os com o interesse público, e relativizando-os ao interesse particular quando devidamente enquadrados em alguma das hipóteses dos art. 7º, 11 e 14.

Em relação ao posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a temática de Proteção de Dados, cabe registrar que está em vigor a Resolução nº 281, de 12 de dezembro de 2023, que instituiu a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e o Sistema Nacional de Proteção de Dados Pessoais do Ministério Público brasileiro.

4) Do tratamento de dados pessoais pelo poder público

Dispõe o art. 7º, III, da Lei 3.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados):

Art. 7º - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, *para o tratamento e uso compartilhado de dados* necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios, ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo desta Lei;

Conforme informa Tasso (2021), o Capítulo IV da LGPD cuida do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público e elenca as hipóteses legais em que o Estado é investido do poder de tratar dados pessoais, excluindo, por via de consequência, qualquer outra,

⁵ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

⁶ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

atrelando-as ao propósito de *cumprir sua finalidade pública e desde que tenham como premissa o interesse público*.⁷

A atuação do Poder Público é, portanto, excepcional e condicionada, sendo o Ministério Público contemplado neste mesmo dispositivo muito embora não integre a administração direta.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, a teor do artigo 23, *caput*, da LGPD, tem por pressupostos o *atendimento de uma finalidade pública, a persecução de um interesse público e a execução, pelo ente público, de suas competências legais ou cumprimento de suas atribuições*.

CAPÍTULO IV

DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

Seção I

Das Regras

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

Acerca da base legal de tratamento, entendem Stringheta e Camarão (2021) que:

[o]s órgãos e entidades públicas devem ter como principal fundamento para o tratamento dos dados pessoais o atendimento à sua finalidade pública, com o objetivo de executar competências legais, cumprimento de obrigação legal ou regulatória – afinal, toda atividade administrativa e jurisdicional deve ter orientação obrigatória prevista na lei.⁸

⁷ Tasso, Fernando Antonio. Das Regras. In: Maldonado, Viviane Nóbrega. Blum, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 262-264.

⁸ Stringheta, João Pedro Oliveira. Camarão, Tatiana. Proteção de Dados do Poder Judiciário. In: Pironi, Rodrigo. *Lei Geral de Proteção de Dados no Setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 270.

A respeito do art. 7º, III, e do art. 23, citados em linhas anteriores, Tasso⁹ (2021) diz:

É de se notar que há entes públicos que não executam políticas públicas, mas cumprem atribuição ou competência constitucional, como é o caso do Ministério Público.

E continua:

Nesse contexto, a base legal para o tratamento de dados pelo poder público é particionada entre os dois dispositivos que formam um todo coeso e coerente, que vem confirmado pela previsão conjunta em outros dispositivos da Lei, como nos artigos 26 e 33, VII da LGPD.

Para Tasso (2021), a relação jurídica estabelecida entre o Poder Público e o indivíduo titular de dados pessoais é marcada pela assimetria de poder, seja em decorrência da natureza jurídica do ente estatal que atua com poder de império, dotado de poderes para a consecução de seus deveres, como pela circunstância objetiva de que o ente estatal detém grande quantidade de dados pessoais em seus bancos de dados, como insumo ou subproduto do desempenho de sua atividade.¹⁰

Proteger dados, quando estão conectados a esfera de uma pessoa, adquirindo a característica de serem pessoais, significa resguardar a própria personalidade do ser humano, pois esta constitui as “as características ou conjunto de características que distinguem uma pessoa e o Direito visa proteger violações de todos os atributos, corpóreos e incorpóreos, que formam a projeção da pessoa humana.” (Vainzof, 2021).¹¹

5) Da publicidade dos processos extrajudiciais, administrativos e inquéritos civis

Têms Limberger (2022)¹² conceitua o acesso à informação pública como:

[a] informação sobre a informação completada pela atividade administrativa. Toma postura do direito de acesso aos documentos administrativos como manifestação concreta do direito a receber informação.

E, por consequência, segundo o autor¹³, a LAI permite:

⁹ Tasso, Fernando Antonio. Das Regras. In: Maldonado, Viviane Nóbrega. Blum, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 267.

¹⁰ Tasso, Fernando Antonio. Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder público. In: Maldonado, Viviane Nóbrega. Blum, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 3.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 261-262.

¹¹ Vainzof, Rony. Disposições Preliminares. In: Maldonado, Viviane Nóbrega. Blum, Renato Opice. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 95.

¹² MARTINS, Guilherme Magalhães, LONGHI, João Victor Rozatti, FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18)*. São Paulo: Foco, 2022, p. 289.

¹³ *Idem*.

[o] controle dos atos da administração pública, sendo no aspecto de controle social (realizado pelo cidadão ou sociedade) ou os controles administrativos ou judiciais, entendido como a possibilidade de fiscalização recíproca entre os poderes, instituições e cidadania, atualizando o Princípio da Separação dos Poderes.

Impende ressaltar que, ainda que os dados sejam acessíveis publicamente, isto não afasta a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Nesse sentido, leciona Limberger:¹⁴

Nos casos em que forem acessíveis publicamente, observadas as disposições da lei, tem-se as situações de dados disponibilizados publicamente nas hipóteses da LAI e outras que possam surgir, cuja LGPD é de observância obrigatória.

Há de se frisar que, ainda que se trate de dados abertos ou disponibilizados publicamente, deve ser sempre observada a proteção dos dados pessoais. Assim, não seria lícita a atividade de cooptar dados públicos e organizar banco de dados privados como forma de obter lucro pela venda dos mesmos, pois seria subvertida a finalidade com a qual foram tornados públicos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se manifestou, sobre os limites da publicidade nas fases pré-processual e processual, no bojo da ADI 4414/AL¹⁵. Trazemos, pois, as considerações do Relator, o Min. Luiz Fux:

No âmbito do inquérito policial, o princípio da publicidade tem alcance mais restrito. É que a publicidade pode ser classificada, levando em consideração as pessoas que poderão ter acesso às informações, em: (i) publicidade plena, externa ou geral – quando o conteúdo do feito é disponibilizado à coletividade; (ii) publicidade parcial ou interna – nas hipóteses em que esse conteúdo só é franqueado aos sujeitos do processo ou procedimento.

Quando da fase pré-processual, a publicidade é meramente parcial, pois devem ser respeitados dois interesses: de um lado, o da preservação da honra e da intimidade dos investigados, que não podem ser submetidos de forma vexatória ao crivo da opinião pública quando sequer existem provas suficientes a lastrear uma denúncia; de outro, o da necessidade de se permitir, desde logo, que o sujeito passivo da investigação influencie a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. A democracia participativa, espraiada por todo o texto constitucional, exige que todo indivíduo tenha

¹⁴ *Idem*, p.311.

¹⁵ STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4414/AL*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 19 set. 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 nov. 2024.

a possibilidade de influir na formação de um provimento estatal que lhe seja particularmente gravoso – no caso, a denúncia. Um pressuposto para esse direito de participação é que o investigado tenha acesso aos autos do inquérito policial, sob pena de não dispor das informações necessárias à sua manifestação. Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, retratada no enunciado nº 14 de sua súmula vinculante: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Em igual sentido dispõe o art. 7º, XIV, da lei 8906/94: “São direitos do advogado: examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

O referido Ministro¹⁶ prossegue:

Muito embora o inquérito deva ser sigiloso em relação ao público (sigilosidade externa), para proteger a imagem do investigado, este tem o direito de consulta aos autos, até porque sem isto estaria impedido de participar da formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Vige no inquérito policial, desta feita, a publicidade interna, de modo que o suspeito ou seu advogado só poderão ser impedidos de conhecer do constante nas peças do procedimento ou de participar das diligências quando isto se mostrar absolutamente incompatível com a efetividade das investigações, em uma ponderação legítima entre os valores liberdade e segurança (*ex parte populi* e *ex parte princeps*), cabendo sempre a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança, conforme o caso, para corrigir abusos.

Fux conclui que, no tocante ao processo propriamente dito, a publicidade plena é a regra, e além da abranger a publicidade interna, como corolário da ampla defesa e do contraditório, também se aplica à externa, e vai além ao argumentar que:¹⁷

(...) a publicidade externa alcança não só as sessões e julgamentos, mas também todos os elementos documentados nos autos do processo, os quais devem ser franqueados à análise de qualquer do povo. Isso não impede que o magistrado, em situações nas quais a publicidade seja superada, em um processo de ponderação, por outro princípio constitucional, decida que os autos serão acessíveis apenas às partes do processo, desde que motivadamente (art. 93, IX, CRFB) e enquanto subsistirem as razões que ensejaram o provimento.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

Conforme o art. 9º, da Resolução nº 174, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo, o princípio da publicidade deve ser aplicado, no que couber, nos mesmos moldes do inquérito civil.

A Resolução nº 23 de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil, dispõe que *a publicidade deve ser aplicada exceto nos casos em que haja sigilo legal*:

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, *com exceção dos casos em que haja sigilo legal* ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

§ 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.

§ 2º A publicidade consistirá:

I - na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;

II - na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III - na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV - na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V - na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil. (Inciso suprimido pela Resolução nº 107, de 5 de maio de 2014).

§ 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu. (grifos nossos)

Sobre a restrição da publicidade, prevê o §4º, do mesmo artigo, que:

§ 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou. (grifo nosso)

§ 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Complementa o art. 8º:

Art. 8º Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo, de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas. (grifo nosso)

Lado outro, a Resolução nº 89 de 2012, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação, dispõe, em seu art. 4º, §1º:

Art. 4º O Ministério Público velará pela efetiva proteção dos direitos arrolados no art. 7º da Lei de Acesso à Informação, no âmbito da respectiva administração.

§ 1º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa ou pessoal, é assegurado o acesso à parte não sigilosa preferencialmente por meio de cópia com ocultação da parte sob sigilo, ou, não sendo possível, mediante certidão ou extrato, assegurando-se que o contexto da informação original não seja alterado em razão da parcialidade do sigilo.

(...)

§ 3º A negativa de acesso às informações objeto de pedido, quando não fundamentada, sujeitará o responsável às medidas disciplinares previstas em Lei.

(...)

Art. 5º O disposto nesta Resolução não exclui as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.

Parágrafo único. O acesso aos procedimentos investigatórios cíveis e criminais, assim como aos inquéritos policiais e aos processos judiciais em poder do Ministério Público, segue as normas legais e regulamentares específicas, assim como o disposto na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

6) Do segredo de justiça, do sigilo legal e da publicidade

Como bem disciplina o art. 5º, LX, da CF/88, “a lei só poderá *restringir a publicidade* dos atos processuais quando a *defesa da intimidade* ou o interesse social o exigirem”.

Conforme Súmula nº 3, de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, o sigilo nos processos administrativos só é admitido em caráter excepcional:

O sigilo, nos processos administrativos, inclusive disciplinares, só é admitido em caráter excepcional, dada a regra da publicidade, consagrada nos arts. 5º, XXXIII, 37 e 93, IX e X, da Constituição da República. (grifo nosso)

Em sede constitucional, registramos que, enquanto o art. 37, determina que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o art. 5º, XXXIII, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Já o Código de Processo Civil, em seu art. 189, traz um rol dos processos que devem tramitar em segredo de justiça e informa em seus §§1º e 2º que “o direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é *restrito às partes e aos seus procuradores*”; e “o *terceiro que demonstrar interesse jurídico* pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.”

Ao se referir ao art. 189, do CPC, Zanetti (2021) entende que:

[d]as quatro hipóteses acima, aquela que melhor reflete o argumento daqueles que fundamentam na LGPD a necessidade do sigilo processual, notoriamente, é a do inciso III, referente a dados que merecem proteção para preservação da intimidade de seu titular.¹⁸

Afirmando que: “*é fundamental observar que a proteção de dados pessoais, como dito, é direito autônomo e, conseqüentemente, diverso da intimidade*”.¹⁹

Para ele “a noção de intimidade não deve ser alargada para compreender todo e qualquer dado pessoal, ou seja, toda e qualquer ‘informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável’, conforme definição do art. 5º, I, da LGPD”.²⁰

E conclui entendendo que:

¹⁸ ZANETTI, Dânton. Proteção de dados pessoais e publicidade processual: um contrassenso. *Migalhas de Peso*, 15 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343796/protecao-de-dados-pessoais-e-publicidade-processual-um-contrassenso>. Acesso em: 1 jun. 2023.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

[a]pesar da imanente dificuldade em conceituar e delimitar direitos da personalidade, como reconheceu Orlando Gomes, a intimidade referida pelo CPC deve ser tida por sua definição clássica, bem colocada por Gilmar Mendes como *“as conversações e os episódios ainda mais íntimos envolvendo relações familiares e de amizades mais próximas”*.²¹

Zanetti (2021), referencia Ricardo Villas Bôas Cueva, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que entende que “a legislação de proteção de dados não se destina, nem poderia, a interferir, limitar ou retardar a atividade jurisdicional”, e observa que ela tampouco deva prejudicar ou restringir o direito de defesa, em seu sentido lato.²²

O magistrado, não perdendo de vista a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural previstos no art. 1º, da LGPD, deve fazer uma análise casuística, emitindo seu juízo de valor no que se refere aos riscos de violação de direitos fundamentais do titular, “suficientes para sobrepor os interesse das coletividade, que justificam a publicidade dos atos do processo” e que “apenas após a ponderação entre estes direitos – direito difuso à publicidade e direito individual à proteção de dados pessoais – será possível identificar qual deles deverá prevalecer no caso concreto”.²³

Por fim, conclui que:

[n]ão há contrassenso entre o princípio Constitucional que estabelece como regra a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CRFB), as normas do Código de Processo Civil que delimitam as hipóteses de sigilo dos atos processuais (em especial o art. 189, CPC) e as disposições da LGPD.

E existindo a necessidade de manter os atos processuais em segredo, conforme o previsto no CPC, objetivando uma interpretação sistêmica, essas diferentes fontes normativas devem dialogar.

Ele entende que a LGPD, a rigor, não seria um *“meio para alargamento das hipóteses legais já existentes”*, pois isso seria um retrocesso no que tange *“às conquistas obtidas quanto à efetivação do princípio da publicidade e transparência na atuação jurisdicional, em afronta à Constituição Federal”* e cita Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que, ao comentarem o art. 194, do CPC, recomendam que *“(...) cada Tribunal deverá ter o cuidado de não expor informações desnecessárias e que possam comprometer/constranger a pessoa, mesmo que o processo não siga em segredo de justiça.”*

7) Da sistematicidade entre direito à informação e direito à privacidade

Matos e Ruzyk (2019) entendem que as relações existentes entre o direito à privacidade e o direito à informação têm ocupado posição destacada nos recentes debates jurídicos, comportando, o tema, análises por perspectivas distintas, tais como sociológica, econômica e centrada na tecnologia da informação e que, mesmo quando predominantemente tratado

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

sob o viés jurídico, é possível vislumbrá-las sob a ótica do direito constitucional, do direito administrativo ou como manifestação de um direito da personalidade.²⁴

Recentemente essa temática ganhou contornos importantíssimos, representando um grande marco no que tange à proteção de dados, pois, em 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115 que alterou “a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.”

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (grifo nosso)

Antes mesmo da promulgação da EC nº 115/22, as balizas que informam a relação entre privacidade e direito a informações detidas por entes públicos já eram de tamanha relevância, uma vez que se evidenciavam na constatação de que ambos os direitos aqui versados emergem diretamente da Constituição.²⁵

CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

(...)

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

O direito à informação ainda é reforçado pelo art. 216, § 2º, da CF/88, ao dispor que:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)

²⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei De Acesso à Informação. In: TEPEDINO, Gustavo, FRAZÃO, Ana, OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 200.

²⁵ *Idem*, p. 201

§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. (grifo nosso)

Inexistiria, na opinião dos autores mencionados anteriormente, qualquer hierarquia ou juízo de prevalência, *a priori*, a respeito de qualquer desses direitos (informação e privacidade), sendo o papel do legislador assegurar, simultaneamente o seu exercício, cabendo ao intérprete, a seu turno, apreender as possibilidades de conjugação de tais direitos, e, em situações-limite, de colisão, levar a efeito, se e quando efetivamente necessário, sua ponderação.²⁶

Essa ponderação consistiria em uma última *ratio* interpretativa, sendo reconhecido como *mister principal daquele que se defronta com o desafio da relação entre esses direitos aferir a harmonização possível* – especialmente com suporte nas opções legislativas que visam a definir os baldrames à luz dos quais o gozo desses direitos pode ser levado a efeito.

Quanto à proposta de interpretação sistemática entre LGPD e LAI, no sentido de como conciliar a transparência e a privacidade, Têmis Limberger aponta o seguinte caminho:²⁷

Para deslindar a questão, resulta necessário conciliar o respeito ao direito à proteção dos dados pessoais dos cidadãos com o direito a acessar a informação do setor público, e, para resolver o dilema, são apontados alguns critérios¹⁴: a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e em que suporte (digitalização ou não, difusão em internet ou não etc.), b) princípios da finalidade e legitimidade, c) informação da pessoa em questão e d) direito de oposição da pessoa em questão, utilização das novas tecnologias para contribuir a respeito do direito à intimidade.

Necessário, assim, criar limites. Limberger (2022) apresenta as possíveis saídas, a saber: “proibir o acesso a determinados dados, restringir determinados usos, permitir o acesso a um grupo reduzido de pessoas, impor o acesso mediante condições (por exemplo, a necessidade de justificar uma petição)”²⁸

Na obra Tratado de Proteção de Dados Pessoais, Miriam Wimmer (2021)²⁹ trata do regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, momento em que aborda os diálogos entre LAI e LGPD, pontuando o seguinte:

Apesar de adotarem lógicas distintas e, inclusive, terminologias distintas, observa-se que tanto a LAI como a LGPD buscam materializar

²⁶ *Idem*, p. 202.

²⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães, LONGHI, João Victor Rozatti, FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18)*. São Paulo: Foco, 2022, p. 284.

²⁸ *Idem*.

²⁹ WIMMER, Miriam. O Regime Jurídico do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: DONEDA, Danilo. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 286.

seus princípios orientadores de modo a construir uma narrativa que permita aliar a lógica de transparência e a lógica de proteção. A LAI, por exemplo, introduz a ideia de consentimento para viabilizar a divulgação de informações pessoais; a LGPD faz referência explícita à LAI para operacionalizar o exercício de direitos nela previstos perante o Poder Público; além disso, indica que o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. A ideia de qualidade dos dados está presente em ambas as normas, assim como a preocupação com a segurança.

É evidente que a “amarração” desses marcos normativos poderia ser aperfeiçoada em diversos aspectos, por meio, por exemplo, da harmonização de linguagem e do detalhamento de medidas técnicas, como a anonimização de dados a serem publicados pelo Poder Público e a realização de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais antes de sua abertura.

É importante que exercício semelhante de construção de narrativas interpretativas seja empreendido quando se trata de conciliar os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público com os inúmeros princípios de proteção de dados pessoais contidos na LGPD, e em particular com os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade, que estabelecem limitações objetivas quanto ao propósito e à extensão do tratamento a que podem ser submetidos dados pessoais.

Ante estas análises e entendimentos, cabe informar que o art. 31, §1º, inciso I, da Lei de Acesso à Informação (LAI), disciplina que *o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais e terão seu acesso restrito*, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, *a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem*.

Seção V

Das Informações Pessoais

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, *a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem*.
(grifos nosso)

8) Do acesso à informação por terceiros

Aduz a LAI, em seu art. 31, que “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”.

Já o §1º, do seu inciso II, dispõe que “as informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem poderão ter autorizada sua divulgação ou *acesso por terceiros* diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.”

Esse consentimento não será exigido quando as informações forem necessárias:

Art. 31, §3º:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

A Portaria CNMP-PRESI N° 122, de 29 de junho de 2021, que *dispõe sobre o acesso à informação, a aplicação da Lei nº 12.527/2011 (LAI), no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público*, disciplina em seu art. 1º que:

[a] prestação de informações, assim como a classificação de informações, observados os graus e os prazos de sigilo e a restrição de acesso a documentos controlados, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), deverão atender as regras dispostas nesta Portaria.

Segundo o art. 2º, para os fins desta norma, considera-se:

I – informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II – informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, referente à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, às liberdades e às garantias individuais;

III – informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, abrangida pelas hipóteses legais de sigilo ou submetida a segredo de justiça.

IV – documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou o formato;

V – informação ou documento preparatório: aquele utilizado como fundamento da tomada de decisão ou de ato administrativo;

VI – documento controlado: aquele que contenha informação classificada em qualquer grau de sigilo, prevista na legislação como sigilosa, submetida a segredo de justiça, de caráter pessoal ou preparatório para tomada de decisão ou de ato administrativo;

VII – ciclo de vida da informação: ciclo formado pelas fases da produção e recepção, da organização, do uso e disseminação e da destinação da informação;

VIII – tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, à recepção, à classificação, à utilização, ao acesso, à reprodução, ao transporte, à transmissão, à distribuição, ao arquivamento, ao armazenamento, à eliminação, à avaliação, à destinação ou ao controle da informação;

IX – classificação da informação: ação que estabelece o grau de confidencialidade da informação e o respectivo prazo de restrição de acesso à informação;

X – rótulo: registro que identifica o grau de confidencialidade da informação, as pessoas que podem acessá-la e o termo final de restrição de acesso;

XI – agente público: todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função no CNMP;

XII – disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

XIII – autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

XIV – integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, ao trânsito e ao destino;

XV – primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

Sobre o direito fundamental de acesso a documentos, dados e informações no CNMP, o art. 3º informa que este será assegurado mediante a observância dos princípios básicos da Administração Pública e das seguintes diretrizes:

- I. publicidade como preceito geral e sigilo como exceção;
- II. divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitações;

- III. fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência;
- IV. adoção de mecanismos eficazes de proteção de dados pessoais e de informações sigilosas;
- V. aprimoramento do controle social dos atos da Administração;
- VI. utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- VII. aplicação da política institucional de gestão de documentos.

Cabe ao CNMP controlar o acesso às informações não públicas por ele produzidas ou custodiadas, garantindo sua proteção, é o que dispõe o art. 6º.

Conforme disciplina o art. 13, da citada Portaria, não devem ser atendidos os pedidos de acesso à informação:

[g]enéricos, insuficientemente claros ou sem delimitação temporal; que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do CNMP; referentes a informações sigilosas; referentes a informações pessoais.

Já o art. 15, da mesma portaria, informa que “quando não for autorizado o acesso integral à informação, por ser parcialmente sigilosa, pessoal ou preparatória, é assegurado o acesso à parte não sigilosa ou restrita por meio de certidão, extrato ou cópia, com ocultação da parte sob sigilo ou restrição.”

No que se refere à classificação das informações, o art. 24 disciplina que *devem ser consideradas de acesso restrito as informações:*

- I. pessoais;
- II. classificadas com grau de sigilo ultrassecreto, secreto ou reservado;
- III. sujeitas às hipóteses de sigilo previstas em lei e ao segredo de justiça;
- IV. que componham documento preparatório para fundamentar tomada de decisão ou ato administrativo.

O art. 29 dispõe que “o acesso à informação não pública cria a obrigação de resguardar o sigilo, sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da lei”.

No que tange às informações pessoais, disciplina o art. 30 que: “as informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem produzidas e recebidas pelo CNMP poderão ter sua divulgação ou seu acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem.”

Já o consentimento a terceiros não será exigido quando o acesso à informação pessoal for necessário:

Art. 32. (...)

I – à prevenção e ao diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, vedada a identificação da pessoa a que a informação se referir;

III – ao cumprimento de decisão judicial;

IV – à defesa de direitos humanos de terceiros;

V – à proteção do interesse público geral e preponderante.

O acesso a informações pessoais por terceiros estará condicionado à assinatura de Termo de Compromisso de Manutenção de Sigilo (TCMS) e deverá estar acompanhado de:

Art. 33. (...)

I – comprovação do consentimento expresso da pessoa a que se referirem, por meio de procuração;

II – comprovação de pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 32 da presente Portaria;

III – demonstração do interesse pela recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 1º O TCMS disporá sobre a finalidade e a destinação que fundamentaram sua autorização.

§ 2º A utilização de informação pessoal por terceiros vincula-se à finalidade e à destinação que fundamentaram a autorização do acesso, vedada sua utilização de maneira diversa.

§ 3º Aquele que obtiver acesso a informações pessoais de terceiros será responsabilizado por seu uso indevido, na forma da lei.

§ 4º Compete às autoridades indicadas no inciso III do art. 34 deliberar quanto ao acesso a informações pessoais nas hipóteses em que for cabível.

9) Das Resoluções GPGJ que tratam sobre o tema

A Resolução GPGJ 2.631, de 1º de novembro de 2024, que dispõe sobre o fornecimento de cópias, impressões e mídias de armazenamento e sobre a autenticação de documentos, processos e procedimentos no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro aduz, em seu art. 3º:

Art. 3º - As solicitações de cópias e impressões de documentos, processos e procedimentos deverão ser apresentadas por escrito e conter as seguintes informações:

I - nome completo, CPF e número do documento de identidade do solicitante;

II - cópia do documento de identidade do solicitante ou, se advogado, cópia da carteira da OAB;

III - identificação do documento, do número do processo ou do procedimento a que se refere o pedido, contendo a indicação das folhas a serem copiadas ou impressas;

IV - indicação da forma de entrega do material solicitado, se pessoalmente ou por correio eletrônico;

V - na hipótese de cópias reprográficas e de impressões, manifestação de eventual interesse na autenticação de peças, indicando-as;

VI - na hipótese de cópias digitalizadas, indicação da necessidade de fornecimento de mídia de armazenamento;

VII - comprovante de pagamento do preço pelos serviços solicitados.

§ 1º - Serão admitidas solicitações de cópias e impressões formuladas por correio eletrônico (e-mail), desde que contenham todas as informações elencadas nos incisos deste artigo.

§ 2º - É permitido ao solicitante fornecer a mídia ou outro dispositivo de armazenamento para a hipótese de fornecimento de cópias digitais.

§ 3º - O pagamento das importâncias devidas pelos serviços prestados será efetuado antecipadamente pelo solicitante, mediante depósito do valor correspondente em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CNPJ nº 02.551.088/0001-65), na conta corrente nº 02550-7, mantida na Agência 6002, do Banco Itaú.

Já o art. 4º apresenta hipóteses de negativa de fornecimento de cópias ou impressões, a saber:

Art. 4º - É vedado o fornecimento de cópias ou impressões de documentos:

I - sigilosos, ressalvada a hipótese prevista no § 1º;

II - protegidos por direito autoral;

III - em estado de preservação precário, cuja reprodução possa acarretar dano;

IV - *que contenham dados pessoais, dados pessoais sensíveis ou dados pessoais de crianças e adolescentes, que não sejam essenciais para a compreensão do feito, observando-se, no que couber, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, especialmente os princípios da finalidade e da necessidade, a Resolução nº 281/2023 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e eventuais orientações dos órgãos reguladores.*

§1º - Cópias e impressões de documentos sigilosos ou que contenham dados pessoais não essenciais à compreensão do feito somente serão entregues, na íntegra, à parte ou ao advogado regularmente constituído nos autos.

§ 2º - Caso haja fornecimento de cópias integrais ou parciais de documentos a terceiros, é possível, além de outras medidas, o prévio hachuramento, mascaramento ou ocultação de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis,

bem como os de crianças e adolescentes, quando não forem essenciais para a compreensão da informação, de acordo com juízo de discricionariedade do membro, pautado em sua independência funcional e nos balizamentos legais. §3º - Caso haja fornecimento de cópias ou impressões de procedimentos que apurem crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, o nome da ofendida deverá ser previamente ocultado, consoante determinação da Lei nº 14.857/2024, que acrescentou o art. 17-A e parágrafo único ao Capítulo I do Título IV da Lei nº 11.340/2006. (grifos acrescidos)

Entendemos que, quando a solicitação da cópia for feita por pessoa estranha aos autos (não é parte/interessado, tampouco é patrono da parte/interessado), seria igualmente vedado o fornecimento de cópias ou impressões que contenham dados pessoais e/ou dados pessoais sensíveis de terceiros.

Não se defende a negativa do fornecimento da cópia do procedimento, mas sim que, ao fornecê-lo, não sejam compartilhados os dados pessoais que eventualmente constem nos documentos.

A melhor maneira de garantir o resguardo da privacidade, ao nosso ver, seria a ocultação. Esta pode ocorrer por meio físico (rasurando os dados pessoais da cópia reprográfica a ser fornecida) ou digital (inserindo tarjas onde constam dados pessoais na cópia digital).

No tocante a quem seria o responsável por fornecer as cópias, diferencia os casos de atividades finalísticas e administrativas, consoante arts. 6º e 7º:

Art. 6º - As solicitações de cópias e impressões de documentos, processos e procedimentos relacionados às atividades finalísticas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deverão ser dirigidas aos órgãos de execução com atribuição para oficiar nos respectivos feitos.

§ 1º - O órgão responsável pelo fornecimento da cópia deve sempre zelar pela efetiva proteção dos dados pessoais, observado o disposto na Resolução CNMP nº 281/2023 e na legislação pertinente.

§ 2º - Caso o documento, processo ou procedimento tenha sido remetido a outro órgão do MPRJ, caberá ao órgão de execução a que se refere o *caput* analisar a solicitação e providenciar o fornecimento das cópias ou impressões solicitadas, exceto na hipótese de remessa por declínio de atribuição, situação em que o órgão declinado ficará responsável por esta tarefa.

§ 3º - Caso o documento, processo ou procedimento esteja arquivado, caberá ao órgão de execução a que se refere o *caput* solicitar seu desarquivamento, para providenciar o fornecimento das cópias ou impressões solicitadas, a menos que detenha arquivo digital que permita o pronto atendimento da solicitação.

Art. 7º - As solicitações de cópias e impressões de documentos, processos e procedimentos relacionados às atividades administrativas do Ministério

Público do Estado do Rio de Janeiro deverão ser dirigidas aos órgãos administrativos que detiverem a custódia dos autos.

Parágrafo único - Caso o documento, processo ou procedimento esteja arquivado, caberá à Secretaria-Geral do Ministério Público analisar a solicitação e, na hipótese de deferimento do pleito, encaminhá-la à Gerência de Comunicação ou à Gerência de Arquivo para promover o fornecimento das cópias ou impressões solicitadas, a menos que detenha arquivo digital que permita o pronto atendimento da solicitação.

Entendemos que a ocultação dos dados pessoais cabe ao responsável pelo fornecimento das cópias.

A Resolução supramencionada ainda apresenta os requisitos para a utilização de câmeras fotográficas, equipamentos portáteis de digitalização ou dispositivos similares.

Art. 9º - É vedada a retirada de autos de processos ou procedimentos relacionados às atividades finalísticas ou administrativas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de suas dependências para fins de digitalização ou extração de cópias de documentos que os instruem.

§1º - É permitida a utilização de câmeras fotográficas, equipamentos portáteis de digitalização ou dispositivos similares, nas dependências do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para a obtenção de cópias digitais de documentos, sem custo ao interessado, desde que não constem dos processos ou procedimentos a serem fotografados dados pessoais, dados pessoais sensíveis ou dados pessoais de crianças e adolescentes, ou desde que se trate da parte ou de seu advogado legalmente constituído.

§2º - O disposto no parágrafo anterior exige ainda que o interessado esteja devidamente identificado e o servidor responsável por seu atendimento registre, nos autos do processo ou procedimento do qual foram obtidas as peças, termo de informação contendo sua identificação, as folhas copiadas e a data das cópias.

Em se tratando de inquérito civil, como dito anteriormente, a regra é também a publicidade. A Resolução GPGJ nº 2.227/18 aduz, em seu art. 23, §3º, que "Os requerimentos que objetivem à obtenção de certidões ou à extração de cópias dos autos deverão indicar os fins e as razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/1995."

Se o requerimento for de parte no processo ou de seu patrono, a cópia deverá ser fornecida de forma integral, sem ocultação de dados pessoais, consoante a atual redação da Resolução GPGJ nº 2.227/18, pois é pautada no legítimo interesse da parte, de exercer sua ampla defesa por meio do contraditório.

No mesmo sentido é o entendimento sobre a emissão de certidões sobre a existência, ou não, de procedimentos formalmente instaurados por membros do MPRJ, temática regulamentada pela Resolução GPGJ nº 2.604/24, que aduz:

Art. 2º - O requerimento de emissão de certidão deverá ser apresentado e processado exclusivamente por meio eletrônico, conforme portaria a ser editada pelo Secretário-Geral do Ministério Público.

Parágrafo único - A solicitação de que trata o *caput* pode ser apresentada por qualquer pessoa que deseje obter certidão em nome próprio ou de terceiros, pessoa física ou jurídica.

[...]

Art. 4º - O resultado da pesquisa realizada para o fornecimento da certidão pode ser submetido à análise de órgãos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que estejam aptos a confirmá-lo ou esclarecê-lo, a fim de que apontem expressamente quais procedimentos devem constar da certidão a ser emitida.

§ 1º - A certidão emitida retrata o resultado obtido no momento da realização da consulta, razão pela qual não indica prazo de validade.

§ 2º - *A divulgação de documentos que contenham dados pessoais observará o disposto na Lei nº 13.709/2018, especialmente os princípios da finalidade e da necessidade.*

§ 3º - *Podem ser utilizados, além de outras medidas, o hachuramento, o mascaramento ou a ocultação de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, bem como os de crianças e adolescentes, quando não forem essenciais para a compreensão da informação divulgada e não houver obrigação legal de fornecimento.*

§ 4º - A autenticidade da certidão pode ser verificada no endereço eletrônico indicado no rodapé do documento, utilizando os códigos nele referenciados. (grifos acrescidos)

As certidões emitidas devem conter apenas os dados pessoais essenciais ao esclarecimento acerca da situação do próprio interessado ou do terceiro, na hipótese dos dados pessoais ali apresentados serem relativos à pessoa natural.

10) Conclusão

Visando à proteção dos dados pessoais do titular de dados pessoais, explicita o art. 17, da LGPD, que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade”. Ocorre que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não deve ser analisada de forma isolada, mas num diálogo constante e sistêmico com outros dispositivos legais.

Como bem disciplina a CF/88 são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado, pela Carta Magna, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Já o CPC traz em seu bojo um rol taxativo acerca dos processos que devem tramitar em segredo de justiça, estabelecendo inclusive que o direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores e que o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença.

Já a Resolução nº 23 de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil, dispõe que a publicidade deve ser aplicada exceto nos casos em que haja sigilo legal. E conforme o art. 9º, da Resolução nº 174, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo, o princípio da publicidade deve ser aplicado, no que couber, nos mesmos moldes do inquérito civil.

Outro normativo importante quanto ao tema é a Portaria CNMP-PRESI Nº 122 de 29 de junho de 2021, que dispõe sobre o acesso à informação e a aplicação da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público. Esse dispositivo informa que:

A prestação de informações, assim como a classificação de informações, observados os graus e os prazos de sigilo e a restrição de acesso a documentos controlados, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), deverão atender as regras dispostas nesta Portaria.

Segundo este normativo, *devem ser consideradas de acesso restrito as informações pessoais e as sujeitas às hipóteses de sigilo previstas em lei e ao segredo de justiça*. E no tange às informações pessoais, disciplina, o art. 30, *que as informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem produzidas e recebidas pelo CNMP poderão ter sua divulgação ou seu acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem, estando o acesso a informações pessoais por terceiros condicionado à assinatura de Termo de Compromisso de Manutenção de Sigilo (TCMS)*.

Art. 32. O consentimento a terceiros não será exigido quando o acesso à informação pessoal for necessário:

I – à prevenção e ao diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, vedada a identificação da pessoa a que a informação se referir;

III – ao cumprimento de decisão judicial;

IV – à defesa de direitos humanos de terceiros;

V – à proteção do interesse público geral e preponderante.

Art. 33. O acesso a informações pessoais por terceiros estará condicionado à assinatura de Termo de Compromisso de Manutenção de Sigilo (TCMS) e deverá estar acompanhado de:

I – comprovação do consentimento expresso da pessoa a que se referirem, por meio de procuração;

II – comprovação de pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 32 da presente

III – demonstração do interesse pela recuperação de fatos históricos de maior relevância. § 1º O TCMS disporá sobre a finalidade e a destinação que fundamentaram sua autorização.

§ 2º A utilização de informação pessoal por terceiros vincula-se à finalidade e à destinação que fundamentaram a autorização do acesso, vedada sua utilização de maneira diversa.

§ 3º Aquele que obtiver acesso a informações pessoais de terceiros será responsabilizado por seu uso indevido, na forma da lei.

§ 4º Compete às autoridades indicadas no inciso III do art. 34 deliberar quanto ao acesso a informações pessoais nas hipóteses em que for cabível.

Para a aludida Portaria, não devem ser atendidos os pedidos de acesso à informação:

[g]enéricos, insuficientemente claros ou sem delimitação temporal; que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do CNMP; referentes a informações sigilosas; referentes a informações pessoais.

Considerando que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ainda não se manifestou sobre o tema;

Considerando que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), na Resolução nº 281, apresenta a pseudonimização como uma das formas de assegurar a proteção dos dados pessoais das pessoas naturais no âmbito de procedimentos ou processos que tramitam no Ministério Público;³⁰

Considerando que, sensível a essa temática, o assunto é objeto de estudo por parte do Colégio dos Encarregados pelo Tratamento de Dados Pessoais do Ministério Público (CEDAMP), a fim de elaborar estudo técnico que permita provocar o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de modo a padronizar a orientação a nível nacional;

Considerando que a atuação do Comitê Estratégico de Proteção de Dados Pessoais (CEPDAP) busca conciliar o equilíbrio entre o interesse público na divulgação de informações e documentos relativos às atividades desenvolvidas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro e o direito fundamental à proteção de dados pessoais;

Considerando que é fundamental um trabalho regular de comunicação e capacitação em relação aos atos e documentos produzidos na Instituição para disseminar a cultura de proteção de dados pessoais, bem como premente a necessidade de realização de ações de treinamento específicas voltadas tanto para membros como para servidores, desde o início do processo de elaboração de textos jurídico, para atingir a finalidade de omissão/ocultação/

³⁰ Art. 79. A fim de assegurar a proteção aos dados pessoais das pessoas naturais no âmbito de procedimentos ou processos que tramitam no Ministério Público, poderá ser promovido o controle de acesso, a pseudonimização ou a decretação de sigilo dos autos ou de documentos específicos neles contidos, inclusive em relação às petições e aos documentos juntados pelas partes envolvidas. Parágrafo único. Sempre que possível, as petições e os documentos juntados pelas partes envolvidas deverão ser apresentados ao Ministério Público com respeito às diretrizes de proteção de dados pessoais previstas na presente Resolução.

minimização (exclusão de dados pessoais ou limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados) e pseudonimização (tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro);

A fim de evitar entendimentos divergentes no âmbito dos Ministérios Públicos, porém com o escopo de resguardar os princípios norteadores da proteção de dados pessoais, o CEPDAP/MPRJ *ORIENTA*, no tocante ao fornecimento de acesso/cópia de procedimentos não sigilosos a pessoas que não a parte e seu patrono, o seguinte:

1 - Que os Promotores deem continuidade no processo de autenticidade do solicitante e de requisição de finalidade no pedido de acesso aos procedimentos extrajudiciais, nos termos que já vêm adotando internamente, sugerindo ainda que requisitem a documentação que entenderem necessária para verificar a autenticidade do solicitante, bem como se a finalidade por ele apresentada atende aos propósitos legítimos e específicos, nas hipóteses do art. 7º e 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, em conformidade com o interesse público.

2 - No tocante aos procedimentos extrajudiciais que tramitem de forma digital/digitalizada, até que se implemente ferramenta tecnológica adequada à realização do mascaramento/ocultação dos dados pessoais de forma automatizada, que os membros, observada a sua independência funcional, façam, manualmente, a ocultação dos dados pessoais que não sejam essenciais à compreensão do conteúdo do procedimento extrajudicial objeto de pedido de compartilhamento/fornecimento de cópia.

Ao realizar essa ocultação de forma manual, entendemos ser prioritário o mascaramento/ocultação dos dados pessoais que constem em cópia/imagem digitalizada de documentos oficiais, tais como o CPF, identidade, passaporte, identidade funcional, carteira nacional de habilitação, comprovante de residência, laudos médicos etc., a fim de evitar a utilização de tais imagens com finalidade fraudulenta ou abusiva por parte do solicitante da cópia.

Nessa toada, o CEPDAP, em trabalho conjunto com a STIC, elaborou um Manual contendo diretrizes a fim de orientar os membros sobre como proceder para identificarem os dados pessoais constantes do procedimento extrajudicial e ocultá-los artesanalmente, utilizando a ferramenta PDF24.

Tal Manual, além de listar quais seriam os dados pessoais preferencialmente ocultados (sem prejuízo da independência funcional do membro, que pode exercer juízo de valor sobre qual dado pessoal precisaria ser mantido acessível para resguardar o direito à informação), também disporá sobre os passos a serem seguidos pelo membro para efetivar a ocultação nos documentos digitais.

3 - Quanto aos procedimentos extrajudiciais que tramitem de forma física, que os membros, observada a sua independência funcional, façam, manualmente, a ocultação dos dados pessoais que não sejam essenciais à compreensão do conteúdo do procedimento extrajudicial objeto de pedido de compartilhamento/fornecimento de cópia.

Ao realizar essa ocultação de forma manual, entendemos ser prioritário o mascaramento/ocultação dos dados pessoais que constem em cópia/imagem digitalizada de documentos oficiais, tais como o CPF, identidade, passaporte, identidade funcional, carteira

nacional de habilitação, comprovante de residência, laudos médicos etc., a fim de evitar a utilização de tais imagens com finalidade fraudulenta por parte do solicitante da cópia.

4 - No que tange aos documentos que contenham dados pessoais, obtidos de outros órgãos públicos ou privados, e que constem no procedimento extrajudicial não sigiloso, o membro também pode optar por informar os solicitantes sobre a fonte para que, querendo, possam buscar cópia diretamente dela.

Com a implantação das medidas indicadas nesta orientação, considera-se que, de modo geral, o tratamento de dados pessoais atenderá aos princípios do art. 6º da LGPD e aos direitos dos cidadãos titulares, mormente os da finalidade, adequação e necessidade, uma vez que o tratamento é realizado para propósitos legítimos e específicos (viabilizar o controle social e o acesso a informações de interesse público relativas às atividades do MPRJ), ficando limitado ao mínimo necessário para atendimento dessa finalidade.

Convém reforçar, ainda, que, para fiel observância do princípio da necessidade, é preciso um trabalho de sensibilização, especialmente junto às equipes dos gabinetes dos membros do MPRJ, de modo que a proteção de dados pessoais faça parte da cultura organizacional desde o nascimento do documento ou da informação. Destaca-se a relevância do membro em conferir, caso a caso, o sigilo dos expedientes, a pertinência de manter dados pessoais e o contexto dos dados cuja divulgação possa prejudicar tanto o interesse público e social como a privacidade dos titulares dos dados.

Como visto anteriormente, são exemplos de *dados pessoais*: nome, prenome, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; informações relativas à saúde, à genética, à orientação sexual, às convicções políticas, religiosas e filosóficas; números de telefone, registro de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, gostos e interesses, são apenas alguns exemplos de dados pessoais que pautam a vida em sociedade. E *dados pessoais sensíveis*: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Para realizar a ocultação do CPF garantindo que se evite homônimo, deve-se ocultar os três primeiros dígitos e os dois dígitos verificadores. A título de exemplo, se o nº do CPF fosse 123.456.789-10, ao realizar a ocultação ficaria da seguinte maneira ***.456.789-**. A referência advém do art. 149 da Lei 14.194/21.

As medidas ora propostas visam criar camadas de proteção aos dados pessoais e, ao mesmo tempo, viabilizar a divulgação da atuação institucional. Este Encarregado e o Comitê Estratégico de Proteção de Dados Pessoais se colocam à disposição para auxiliar nas providências necessárias para alcançar a conformidade do serviço aos preceitos da LGPD.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2023.

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS

Encarregado pelo Tratamento de Dados

Presidente do CEPDAP/MPRJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ajuizada por: Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro (FIERJ)

Em face de: Google Brasil Internet Ltda.

Autos nº 0807423-33.2024.8.19.0001

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Remoção de conteúdo da *internet*. Plataforma do Youtube. Discurso antissemita e discriminatório contra a comunidade judaica. Justiça política e pluralismo nas sociedades democráticas contemporâneas. Marcos teóricos e jusfilosóficos. Sociedade concebida como sistema de cooperação social entre pessoas livres e iguais, isto é, como membros plenamente cooperativos ao longo de toda a vida. Concepções morais e religiosas abrangentes e conflitantes. Princípios da tolerância e da reciprocidade. Dimensões da esfera pública e discurso de ódio. Positivação das liberdades civis, políticas e econômicas pela Constituição brasileira. Papel do Ministério Público. Defesa dos direitos e liberdades fundamentais para a preservação da justiça política da estrutura básica da sociedade democrática. Julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal a respeito da liberdade de expressão em relação a conteúdos de viés antissemita. Discurso, no caso, em desconformidade com as normas constitucionais e legais em vigor. Marco Civil da Internet. Procedência do pedido autoral.

I. RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela *Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro (FIERJ)*, em face da *Google Brasil Internet Ltda.*, visando à remoção de vídeo publicado na plataforma Youtube, mantida pela ré, que supostamente conteria falas antissemitas, proferidas pelo ex-presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno.

O referido vídeo consiste em transmissão ao vivo intitulada “*extrema-direita espalha fake news sobre padre Júlio; ‘perito’ é bolsonarista e apoiou o golpe*”, realizada em 20 de janeiro de 2024, pelo canal DCM TV, durante a qual foram debatidos diversos temas presentes no noticiário político.

Conforme apontado na inicial (98232083) e em seu aditamento (99201571), o participante da *live*, José Genoíno, no trecho de 1h34m38s (uma hora, trinta e quatro minutos e trinta e oito segundos) a 1h34m58s (uma hora, trinta e quatro minutos e trinta e oito segundos), teria respondido à manifestação de um espectador indignado com um abaixo-assinado contra o apoio do Presidente Lula à propositura da África do Sul em acionar a Corte Internacional de Justiça para investigar suposta prática de genocídio de Israel em Gaza.

O abaixo-assinado teria recebido apoio de Luiza Trajano, então presidente do conselho de administração da empresa Magazine Luiza, causando a comoção e o pedido de boicote contra esta empresa por parte de alguns espectadores do programa. Mais especificamente, aponta-se que José Genoíno proferiu a seguinte fala, de alegado caráter antissemita:

Essa ideia da rejeição, essa ideia do boicote, por motivos políticos que ferem interesses econômicos é uma forma interessante. Inclusive ter esse boicote em relação a determinadas empresas de judeus.

Alega a associação autora, em síntese, que: (i) a fala remonta ao boicote praticado pelo regime nazista às empresas de propriedade de judeus durante o período do Holocausto; (ii) a prática de boicote configura, em tese, crime contra a relação de consumo, tipificado no art. 7º, VII, do CDC; (iii) a conduta em tela incita o ódio aos judeus, extrapolando os limites da liberdade de expressão balizados na jurisprudência do STF, e configura, em tese, o crime de racismo, tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89; (iv) o vídeo viola os próprios termos de uso da plataforma *Youtube*, que expressamente veda a veiculação de discurso de ódio, falhando a ré em cumprir sua própria política; (v) a fala debatida alcançou repercussão nacional e se enquadra em um contexto sociopolítico de aumento nas ocorrências de antissemitismo em vários lugares do mundo; (vi) a remoção do conteúdo em questão encontra respaldo no art. 19 do Marco Civil da Internet, bem como na jurisprudência dos tribunais; (vii) foi enviada notificação extrajudicial à *Google*, bem como denúncias diretas ao canal DCM por meio da própria plataforma, requerendo a remoção do conteúdo antissemita, as quais nunca foram respondidas (cf. aditamento da inicial no doc. 99201571).

Com base nesses fundamentos, a autora formulou os seguintes pedidos:

- (i) a concessão de medida liminar, inaudita altera pars, determinando à Ré que, no prazo de 24 horas, remova o conteúdo constante da seguinte URL: <https://www.youtube.com/watch?v=fuRecr1UsSE&list=PLtA6ZyAzrBraGChRkUwC83qIVGGWmxIW1&index=1>, com a fixação de multa diária de R\$ 50 mil (compatível com a gravidade do conteúdo que se pretende excluir, com a conduta displicente da Ré e com sua capacidade financeira);
- (ii) a confirmação da medida liminar, com a determinação final de indisponibilização do conteúdo constante da seguinte URL <https://www.youtube.com/watch?v=fuRecr1UsSE&list=PLtA6ZyAzrBraGChRkUwC83qIVGGWmxIW1&index=1>
- (iii) seja oficiado o Ministério Público, para apuração de eventual crime de racismo praticado pelo José Genoíno e pelo canal DCM (Diário do Centro do Mundo) onde está divulgado o conteúdo URL: ([https://www.youtube.com/@DCMTVlive /](https://www.youtube.com/@DCMTVlive/));

Foi proferido despacho determinando a emenda da inicial, como dito, para indicar a minutagem do vídeo na qual teria sido proferida a fala ilícita, bem como para demonstrar eventual solicitação de remoção do conteúdo junto à plataforma por via administrativa/extrajudicial, o que foi atendido pela autora (99201571).

Na sequência, consta manifestação da autora reiterando o pleito liminar com vistas à remoção imediata do vídeo, bem como juntando parecer do Professor Gustavo Binembojm a respeito da remoção de discurso antissemita em plataformas digitais (100243046).

Intimado a se manifestar na condição de fiscal da lei, o Ministério Público apresentou parecer (101864127), opinando pela não concessão da liminar requerida, por vislumbrar a

necessidade de estabelecimento do contraditório prévio, bem como a ausência dos requisitos autorizadores da medida. O parecer foi parcialmente acolhido por este MM. Juízo, que houve por bem indeferir a medida urgente postulada (102435364).

A Contestação da Google foi apresentada (103026565), na qual alegou que: (i) a empresa não se opõe, em tese, à remoção de conteúdo ilícito da internet com fundamento no art. 19, MCI, desde que com prévia ordem judicial específica; (ii) no caso concreto, trata-se de discurso proferido por pessoa pública, com atuação na vida política, em debate jornalístico com duração de mais de três horas abordando variados assuntos; (iii) a mesma declaração foi disponibilizada em reportagens de diversos órgãos da imprensa, como Estadão, Folha e Poder 360, de modo que seria impossível retirar o episódio do próprio debate público; (iv) a partir de 1h35m20s, José Genoíno aparentemente complementa o que foi dito anteriormente, limitando sua sugestão de boicote *"a empresas vinculadas ao Estado de Israel"*.

Inconformada com a rejeição do pedido liminar, a entidade autora interpôs recurso de agravo de instrumento (nº 0013616-03.2024.8.19.0000), obtendo a antecipação da tutela recursal para *"determinar a remoção de parte do conteúdo do vídeo (...) relativamente ao trecho compreendido entre 1h34m38s e 1h34m57, no prazo de 48h, sob pena de multa única de R\$100.000,00"*. (104042485)

A réplica apresentada pela autora se encontra acostada aos autos no indexador nº 107869841.

Foi juntado o acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento da autora para *"uma vez afirmada a impossibilidade técnica de remoção de parte do conteúdo (...) tornar indisponível o vídeo divulgado em sua plataforma e comunicar o fato ao usuário, nos termos da lei, facultado ao responsável pela publicação eventual edição do material, observados os limites da decisão judicial."* (117076176)

Intimadas as partes a apresentarem eventuais requerimentos de dilação probatória, a ré informou não ter interesse na produção de novas provas, *"sendo certo que a apreciação judicial dos pedidos formulados demanda análise estritamente jurídica"* (120325771) enquanto a parte autora não se manifestou.

Diante do encerramento da fase probatória, este *Parquet* foi intimado a apresentar o parecer final de mérito sobre a demanda e, nesse sentido, *o Ministério Público ora se manifesta pela procedência do pleito autoral*, pelas razões que passa a demonstrar.

É o relatório.

II. JUSTIÇA POLÍTICA E PLURALISMO NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS: MARCOS TEÓRICOS E JUSFILOSÓFICOS

O pluralismo filosófico, moral e religioso é um fato da vida política nas sociedades contemporâneas que vivem sob a égide de instituições livres. Livres são as instituições da estrutura social quando a ordem sociopolítica é estabelecida de modo a conferir certos direitos, liberdades e oportunidades iguais aos cidadãos para que cada um, de acordo com suas convicções abrangentes, seja capaz de fazer algo de valioso da própria vida.

Em amplo sentido, a sociedade pode ser concebida como empreendimento cooperativo que visa ao benefício mútuo, porém, é marcada tanto por uma identidade

quanto por um conflito de interesses.¹ *Identidade* de interesses, porque a cooperação social torna possível uma vida melhor para todos do que cada um teria se dependesse dos próprios esforços. *Conflito* de interesses, porque ninguém é indiferente no que se refere a como são distribuídos os benefícios maiores produzidos por sua colaboração, pois, para atingir seus objetivos, cada um prefere uma parcela maior a uma parcela menor desses benefícios.²

Assim é que a cultura política de uma sociedade democrática sempre haverá de se caracterizar por uma diversidade de doutrinas filosóficas, morais e religiosas abrangentes³, conflitantes e irreconciliáveis⁴, entre pessoas ou grupo de pessoas na persecução e realização de seus interesses e que buscam obter adesão a seus propósitos no seio da comunidade.

Como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas filosóficas, morais e religiosas, muitas delas razoáveis? Essa é uma pergunta capital sobre a qual, desde a abordagem de Rawls, com algum pioneirismo, a teoria política hodierna se debate.⁵

A essa questão complexa, no caso, podemos acrescentar outra, não menos tormentosa: qual é o papel do Ministério Público, como instituição da estrutura político-social básica,⁶ no contexto da justiça política e do modelo estável e bem ordenado⁷ da sociedade?

Nem de longe exploraremos a fortuna crítica em torno da amplitude desses temas teóricos e filosóficos. O interesse em lançar mão desses conceitos se dá em função de um recorte específico de ordem principiológica que, na avaliação do caso, poderá aproveitar à articulação jurídica entre a ordem constitucional brasileira, a função do Ministério Público, a legislação positiva e potenciais práticas antissemitas.

Sob essa ótica, a teoria política busca encontrar um fundamento para o acordo público em torno dos princípios sobre os quais as instituições relevantes podem e devem se organizar, em última análise, para que a sociedade seja concebida e realizada enquanto sistema de cooperação social entre pessoas livres e iguais, i.e., como membros plenamente cooperativos ao longo de toda a vida.⁸ Em outras palavras, *“as principais instituições da sociedade e a maneira como se organizam em um sistema único de cooperação social podem ser examinadas da mesma forma por qualquer cidadão, sejam quais forem sua posição social ou seus interesses mais particulares”*.⁹

Um acordo dessa ordem na esfera pública - isto é, independentemente dos valores perfilhados na vida privada por cada membro do sistema de cooperação social - pressupõe uma concepção de justiça política, de um lado, cuja adesão não dependa das doutrinas

¹ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.5.

² Idem, p.5.

³ Doutrinas abrangentes, nesta acepção, são doutrinas – filosóficas, morais e religiosas – pessoais que englobam, de maneira mais ou menos sistemática e completa, os diversos aspectos da existência humana e, portanto, que ultrapassam as questões meramente políticas. Ver RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 70.

⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 3.

⁵ Idem, p. 4.

⁶ A estrutura básica da sociedade é o objeto da justiça, composto pelas instituições mais relevantes do ponto de vista social, jurídico, político e econômico, e como elas se articulam e se relacionam entre si. Conferir RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 8.

⁷ Uma sociedade bem ordenada, nesse sentido, é o modelo do que é a sociedade democrática quando os princípios de justiça, a serem compartilhados pelos seus membros, nela operam e unificam.

⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 3.

⁹ Idem, p. 10.

filosóficas, morais e religiosas, abrangentes e conflitantes, que os cidadãos professam e, de outro, que permita e conceda, à cada pessoa, o direito igual a um sistema de liberdades que deve ser compatível com um sistema similar para todos.¹⁰

Assim é que a ideia de *tolerância* assume especial relevo como princípio de justiça política na organização institucional dos regimes democráticos e da vida pública, porque as instituições devem ser justificadas, a cada um de seus cidadãos, por razões que ninguém poderia razoavelmente rejeitar e, por isso mesmo, não podem se fundamentar em convicções e valores particulares que são aceitos somente por uma parte dos cidadãos.¹¹

As instituições sociais (em sentido amplo) são bem ordenadas segundo o princípio da tolerância porque a ninguém é dado propor ou endossar, na esfera pública, princípios e regras que não seriam razoavelmente aceitos por todos. O membro ou grupo de uma sociedade plenamente cooperativa não pode pretender, na luta política, a abolição de direitos e liberdades iguais de outro membro ou grupo. Uma proposta política desse tipo não seria aceitável porque, ao ser revertida em desfavor do proponente, não encontraria o apoio do membro ou grupo que a emitiu; portanto, não seria socialmente compartilhável. Quando estão em discussão questões fundamentais referentes a elementos constitucionais ou a justiça básica, na perspectiva de consensos políticos, essa ideia de *reciprocidade* elementar ao princípio da tolerância, passa a ser o critério de aceitação – ou não rejeição – das proposições e programas submetidos ao domínio público nas democracias constitucionais.

Dois breves observações que se entrelaçam a respeito desses conceitos merecem destaque: a primeira, relativa à institucionalidade sobre a qual recai as teorias desse tipo; a segunda, atinente à cultura de massa, de grande repercussão e visibilidade, na formação da opinião pública.

Em geral, afirma-se que os julgamentos de valor sobre os objetivos, as escolhas e as atividades que os indivíduos se empenham em realizar em relação à própria vida estão fora do escopo de uma teoria de justiça desse gênero, que não tem por objeto precípua fornecer preceitos para a conduta individual. Porém, costuma-se interpretar isso como a *"exigência de que cada um faça o que se espera de si em instituições cujos princípios e normas constitutivos poderiam receber o assentimento de todas as pessoas que se dispusessem a chegar a um acordo em termos razoáveis. As exigências da imparcialidade, portanto, recaem diretamente sobre a justificação de princípios para a estrutura básica da sociedade e só de forma indireta sobre a conduta individual, na medida em que a existência de instituições envolve certos padrões de conduta individual em conformidade com normas publicamente reconhecidas"*.¹²

A outra questão remete às dimensões da esfera pública nas sociedades contemporâneas. A consideração, aqui, diz respeito a possíveis concepções filosóficas, morais ou religiosas individuais defendidas em campo extrínseco ao que se pode, tradicionalmente, conceber como fóruns oficiais de deliberações políticas. Nesse caso, há quem defenda que

¹⁰ Para John Rawls, os princípios de justiça podem ser assim formulados, a par da intensa discussão que ensejaram no âmbito da teoria política normativa, *in verbis*: "a) cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos; b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade". *Ibidem*, p. 6.

¹¹ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, p. 274.

¹² *Ibidem*, p. 275.

as pessoas são inteiramente livres para disseminar suas visões abrangentes e até mesmo, sem quaisquer limites, proferir discursos de ódio (*hate speech*). Mas parece evidente que esse problema não se propõe em face de eventos culturais de grande proporção e apelo popular, tampouco em plataformas de redes sociais de escala. Com efeito, a ação não se esgota na manifestação individual e acede a parcela considerável da população, até mesmo em função dos veículos de divulgação de massa, em perspectiva do apoio público a determinadas causas e projetos políticos. Além disso, a manifestação já nasce com o objetivo, não restrito ao horizonte da biografia particular, de mobilizar a população no espaço público, como força destinada a tematizar questões públicas fundamentais, bem como a influenciar, pressionar e balizar as decisões a serem tomadas pelas instituições da estrutura social básica. Ainda que a imparcialidade deva incidir sobre a justificação de princípios para a estrutura social, como visto, a existência de instituições envolve certos padrões de conduta individual em conformidade com normas publicamente reconhecidas.

A existência de doutrinas que rejeitam uma ou mais liberdades democráticas, ou todas elas, é em si mesmo o fato permanente da vida em sociedade, o que impõe a tarefa jurídica e prática de contê-la em ordem a que, na medida certa, não subvertam a justiça política, seus ideais de tolerância e reciprocidade, seus princípios de liberdade e igualdade humana fundamental.

Essas são ideias jusfilosóficas e teóricas, básicas e necessárias, a juízo do *Parquet*, para a adequada cognição e o justo deslinde da questão controvertida deduzida na presente demanda.

III. LIBERDADES CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em desdobramento das ideias exploradas no tópico anterior, aprofundando o tema na dogmática, é de ver que as liberdades fundamentais iguais, como normas de justiça política postuladas pela filosofia, foram absorvidas expressamente pela Constituição brasileira: a liberdade de pensamento, de consciência e expressão, de crença e culto, de expressão artística, as liberdades políticas e a liberdade de associação privada e associação política.¹³ A Constituição, por força da igualdade fundamental prevista e por não fazer distinção de qualquer natureza, dispõe que cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, compatível com um sistema similar para todos.¹⁴ Desses preceitos já defluem os princípios de tolerância e reciprocidade que, no território brasileiro, devem reger a estrutura social básica, suas relações entre o Estado e a sociedade, bem como entre os indivíduos entre si.

Diante de “*uma gama variada de possibilidades existenciais, fundadas em credos religiosos, filosóficos, políticos, cada pessoa tem o direito de formar a sua consciência livremente, sem ser coagida a crer ou deixar de crer numa doutrina particular*”.¹⁵ Nessa visão de cooperação e tolerância, há uma série de princípios constitucionais¹⁶ – e o Supremo Tribunal Federal

¹³ BRASIL. CR, arts. 5º, IV, VI, IX, XVII, 14 e 17.

¹⁴ BRASIL. CR, arts. 1º, III e V, 3º, IV e 5º, *caput*.

¹⁵ PINHEIROS, Victors Sales. Ensino religioso confessional ou ensino laico de religião em escolas públicas? In *A filosofia do Direito Natural* de John Finnis. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 171.

¹⁶ É possível inferir de normas constitucionais um princípio de cooperação e solidariedade do Estado com as religiões em geral, dentre elas, as constantes dos arts. 210, §1º, 213, II; 150, VI, b; 226, §2º; 143, §§ 1º e 2º, todos da CRFB/88.

sufragou esse entendimento¹⁷ – os quais impedem, por exemplo, que se interprete a relação do Estado brasileiro com a religião de modo laicista, isto é, como uma relação de oposição e neutralização.

Isso significa dizer que, desses princípios, “decorrem deveres de proteção do Estado em relação aos indivíduos (direitos subjetivos individuais) e à sociedade civil contra os abusos (inclusive coordenando a Liberdade religiosa no âmbito coletivo), criando condições para que as confissões religiosas desempenhem as suas atividades finalísticas. Com isso, alcançam-se as garantias institucionais da liberdade religiosa individual (autodeterminação da personalidade) e coletiva (autodeterminação das entidades religiosas), quando a igualdade e a diversidade, consoante o pluralismo religioso no espaço público laico”.¹⁸

Não se deve olvidar, por fim, que a liberdade religiosa, como direito fundamental, tem eficácia horizontal¹⁹ para vincular não só o poder público, mas também os particulares em suas relações privadas, o que corrobora a visão segundo a qual esse tipo de manifestação, ainda que não externada propriamente em instâncias de conformação oficial das decisões coletivas, não escapam aos mecanismos institucionais, diante do respeito que a ordem constitucional confere ao princípio da tolerância, não sob a ótica da defesa de uma doutrina abrangente ou geral sobre o bem, mas, antes, sob o prisma da defesa do pluralismo moral, filosófico e religioso que caracteriza as sociedades políticas contemporâneas.

Por outro lado, em numerosas passagens, a Constituição federal abraçou a democracia, desde o preâmbulo, na acepção mais generosa e substantiva: a República Federativa do Brasil erige-se e se constitui como Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.²⁰

A previsão e a defesa de direitos humanos fundamentais, de liberdades civis, políticas e sociais básicas, são pressupostos constitutivos de democracias constitucionais, como a brasileira. E é possível afirmar que *o Ministério Público, no Brasil, foi concebido como instituição básica sob aquela ordem de ideias filosóficas, teóricas e normativas, como defensor da democracia e da sociedade*. A Constituição de 1988 é textual, como se sabe, ao atribuir ao Ministério Público a função de *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127, CF).

¹⁷ Cf. ADI nº 4.439, na qual se discutiu a questão da constitucionalidade do ensino religioso de modelo confessional nas escolas públicas, em que o STF afirmou sua validade jurídica, a partir do voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes.

¹⁸ Op. cit., p. 175.

¹⁹ Na doutrina constitucional, como assinalam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet, “a incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, com o efeito externo, ou eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do Direito alemão). Desse efeito, vêm-se extraindo desdobramentos práticos não negligenciáveis que traçam novas perspectivas para o enfrentamento das questões quotidianas. [...] Duas teorias disputam o equacionamento das questões relacionadas com a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. Conforme o grau de interferência que reconhecem a esses direitos nessas relações, dividem-se os que postulam uma *eficácia imediata e direta* dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e os que advogam que os direitos fundamentais, aí, devem atuar indiretamente (*teoria da eficácia mediata ou indireta*). MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 177 e 179.

²⁰ Texto *ipsis litteris* do preâmbulo.

O Ministério Público exerce um papel de garantia da igual liberdade (filosófica, moral e religiosa) no seio da comunidade política. A afirmação de liberdades humanas, a preservação e a promoção de direitos fundamentais em favor de todos os membros da coletividade figuram no cerne nas democracias constitucionais. Ao desempenhar aquela função, o Ministério Público atua, pois, como defensor do regime democrático. Esse é um dos modos pelos quais se pode enxergar a articulação existente entre a ordem constitucional, o regime democrático e a função do Ministério Público.

Uma *interrogação* que comumente surge no contexto de defesa das liberdades (de pensamento, de expressão, de crença etc.) alude à permissão para que os indivíduos, na profissão de doutrinas morais, filosóficas ou religiosas, apoiem publicamente sistemas políticos totalitários e antissemitas, isto é, em que a coerção estatal pode ser empregada para reprimir o pensamento, calar vozes, eliminar crenças, perseguir opositores, extinguir diferenças, liquidar grupamentos sociais. *A experiência humana já testemunhou a barbárie, o horror e a hediondez de regimes desse tipo, como o nazismo, marcado pela prática de extermínio e holocausto cometidos contra o povo judeu.*

No Brasil, o apoio a esse tipo de regime não encontra guarida no plano da Liberdade de expressão.²¹ O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico,²² que moldou a compreensão sobre aquela garantia em solo pátrio, há muito definiu que “*escrever, editar, divulgar e comercializar livros*” – e poderíamos acrescentar por qualquer meio físico, real ou virtual – “*fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica (Lei nº 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei nº 8.801/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII)*”.

No acórdão paradigmático, a Suprema Corte discorreu sobre o núcleo fundamental da doutrina nacional-socialista – os judeus e os arianos formariam raça distinta: os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio –, para concluir quanto à sua “*inconciliabilidade com padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza com o Estado Democrático.*”

Ademais, julgou-se que uma tal concepção abrangente é “*atentatória dos princípios nos quais se ergue e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social*” e, portanto, que “*condutas e evocações aéticas e imorais implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país*”.

Especificamente a respeito da liberdade de expressão, o Pretório Excelso entendeu que há limites morais e jurídicos à salvaguarda constitucional, de modo que “*o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que*

²¹ Como preleciona Emerson Garcia, em recente obra, ao tecer comentários à Constituição Brasileira, *in verbis*: “apesar do inegável efeito deletério gerado pelas palavras de ódio no ambiente social, deve-se reconhecer que a liberdade de expressão, na realidade norte-americana, assumiu contornos quase absolutos, somente podendo sofrer as restrições que se mostrem indispensáveis à continuidade do Estado e da sociedade, o que, no entender da Suprema Corte [brasileira], não parece ser o caso. Esse entendimento, à evidência, não se ajusta à realidade brasileira. Tal ocorre não só porque a liberdade de expressão não chegou a assumir uma posição de sacralidade no âmbito da nossa evolução político-social, como, também, por ser reconhecida a sua coexistência com outros direitos de estatura constitucional, não lhe sendo atribuída uma posição de primazia semelhante ao paradigma norte-americano”. GARCIA, Emerson, *Comentários à Constituição Brasileira*. Editora Fórum, 2023, vol. II, p. 137.

²² STF, HC nº 82.424/RS, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, red. Ac. Min. Mauricio Correa, j. 17/09/2003, p. 19/03/2004.

implicam ilicitude penal". Pois "as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, §2º, primeira parte). O direito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à 'incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas."

Assim, as fontes pátrias do direito apontam que o discurso antissemita, de cunho étnico, racial, religioso, xenofóbico etc., correlacionado ao regime nazista, no âmbito da cultura, da política, das artes, da música, do teatro, enfim, da criação intelectual, *configura ilícito penal e civil no ordenamento positivo brasileiro*, e desafia a razão prática²³ de instituições democráticas, como o Ministério Público, dos agentes que a representam, no justo e ponderado fim de preservar a justiça política da estrutura básica da sociedade.

IV. DA REMOÇÃO DEFINITIVA DO VÍDEO ILÍCITO: APOLOGIA A PRÁTICAS HEDIONDAS INERENTES AO REGIME NAZISTA

Algumas conclusões podem ser inferidas da exploração acima desenvolvida a título de contribuição também relacionada ao papel do Ministério Público no enfrentamento às diversas formas de manifestações públicas de intolerância, dentre elas: (i) a tolerância e a reciprocidade são fundamentos das liberdades civis e políticas; (ii) as liberdades civis e políticas não se coadunam com a promoção do ódio antissemita; (iii) o discurso antissemita não é tolerável no âmbito do regime democrático brasileiro; (iv) o Ministério Público no Brasil é o defensor do regime democrático, das liberdades humanas e dos direitos fundamentais; (v) ao Ministério Público, por seus membros no uso da razão prática, compete adotar as providências necessárias com a finalidade de preservar a justiça política da estrutura básica da sociedade.

Com essas ideias em mente, premissas gerais de ordem teórica, filosófica e constitucional, o caso há de ser enfeixado na perspectiva de solução à luz do Direito e da legislação aplicável.

Não parece haver dúvidas de que apregoar a rejeição e o boicote de comércio interno ou externo, público ou privado, em relação a determinado grupamento social por causa de traços religiosos, étnicos ou culturais específicos viola o ideal de tolerância, considerando que, uma vez universalizada aquela proposição – em que Estados ou grupos sociais não travariam relações econômicas com outros Estados ou grupos sociais, por motivações daquele gênero – esta não seria razoável ou aceitável na perspectiva de um sistema político e social de reciprocidade com vistas a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CR, art. 3º, I), fundada na dignidade humana e no pluralismo político (CR, art. 1º, III e V), capaz de promover, sem preconceitos, o bem de todos (art. 3º, IV). Da mesma forma, tal proposição, no plano internacional, não milita em favor dos ideais de justiça política positivados na ordem jurídica pátria em vista dos postulados constitucionais da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao racismo e da cooperação entre os povos (CR, art. 4º, V, VII, VIII e IX).

²³ O termo é empregado, aqui, no sentido de que "a razoabilidade prática tem uma dimensão pública e social, que é medida pela autoridade do direito, que assegura o bem comum. Ora, não é arrazoado, nem do ponto de vista moral, nem jurídico, deixar-se vencer por paixões egoísticas e impedir o florescimento humano de outras pessoas, igualmente dotadas de razoabilidade prática para estabelecerem suas prioridades morais num plano de vida". PINHEIRO, Victor Sales. Razão prática, direito e bem comum na teoria da lei natural de Finnis. In *A filosofia do Direito Natural de John Finnis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 223.

Logo, não se poderia dizer que o grupo social afetado por aquele tipo de prática encorajada, uma vez instituída, será detentor de iguais liberdades civis, políticas e econômicas básicas, *já que, pelo mero fato de seus integrantes a ele pertencerem, teriam seus direitos e oportunidades pessoais, negociais e empresariais inteiramente sacrificados no país*, o que, à luz dos marcos teóricos, filosóficos e normativos sobre o tema, traduz inegável viés odioso e arbitrário, contrário às exigências da vida política e social enquanto empreendimento cooperativo entre cidadãos livres e iguais e, sobretudo, em desconformidade com as normas constitucionais e legais em vigor.

A entidade autora bem rememorou que *"a propositura de boicote em 1º de abril 1933, especificamente contra o comércio e serviços de judeus da Alemanha, é historicamente conhecido como um triste marco do holocausto, por se tratar da primeira ação coordenada do regime nazista contra judeus"*, de modo, pois, a afastar qualquer dúvida de que uma prática dessa natureza, no caso, defendida e incitada por político de grande notoriedade no país inteiro, reveste-se de forte carga antissemita e, por consequência, afigura-se vedada pelas leis em vigor no território pátrio, conforme, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

O confronto armado entre o Estado de Israel e o Grupo Hamas, como é sabido, tem sido catalisador de inúmeras controvérsias e exaltadas opiniões em todo o mundo. Muitas dessas manifestações acabam inegavelmente por extrapolar os limites civilizatórios, atentando contra a dignidade humana de comunidades judaicas ou palestinas. Tal fato, como apontam as estatísticas trazidas pela autora, demonstram o aumento significativo de eventos antissemitas no mundo em decorrência do conflito travado na Faixa de Gaza, com a defesa de medidas de retaliação em vista das ações militares desenvolvidas pelo Estado de Israel, como também, porém, em menor escala, tem suscitado manifestações desaprovadoras em face de grupos islâmicos.

Portanto, a tomada de posição e a defesa de medidas concretas de evidente cunho discriminatório e antissemita, no plano econômico e comercial, a ser adotada pelo Estado ou pela sociedade brasileiros, em face de judeus e israelenses, não satisfaz os anseios constitucionais de promoção da paz entre os povos na atual conjuntura e, ao contrário, no plano nacional, esse tipo de conteúdo ainda acirra o dissenso interno, ao atrair, de certo modo, tal divisão e segregação histórica, territorial, étnica e religiosa para o solo pátrio, a merecer imediata a remoção com a consequente restauração da ordem jurídica violada.

A fala questionada se deu em rede social de alcance incalculável, por meio de plataforma de abrangência mundial, verbalizada por notória liderança de agremiação partidária das maiores do país, como também foi reproduzida por diversos veículos de comunicação social. Desse modo, ainda que o discurso tenha sido proferido fora do ambiente estritamente oficial, a ação não se esgotou na manifestação individual, acedeu a parcela considerável da população, em perspectiva do apoio público a determinada causa incompatível com a ordem constitucional. Na verdade, a manifestação já nasceu com o objetivo de mobilizar a população no espaço público, *como força destinada a influenciar, pressionar e balizar a adoção de comportamentos e decisões ilícitos a serem tomadas pelas instituições da estrutura social básica*.

Cabe gizar, como visto, que a Suprema Corte já decidiu que conteúdos antissemitas e discriminatórios contra o povo judeu são vedados pela ordem jurídica em razão da inconciliabilidade com padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático e,

ademais, que a liberdade de expressão, não sendo absoluta e incondicional, encontra limites precisos em manifestações de conteúdo moral que impliquem ilícitos civis e penais legalmente previstos (STF, HC nº 82.424/RS, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, red. Ac. Min. Maurício Correa, j. 17/09/2003, p. 19/03/2004).

As circunstâncias do caso concreto impõe, com efeito, a remoção definitiva do conteúdo infringente, na medida em que se volta contra inúmeras liberdades, tais como a de crença, de associação e de iniciativa, bem como à dignidade da pessoa humana, especialmente, em sua dimensão de reconhecimento.²⁴ Tais falas são incompatíveis com o princípio da tolerância e da reciprocidade, se voltam contra as liberdades humanas iguais, intentam rebaixar um grupamento minoritário pela própria condição, ofendem o senso de cooperação no empreendimento social.

Não se pode deslembra, ainda, que, no sobredito julgado, foram equiparados comportamentos dessa natureza à tipificação pelo crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, como, também, não se pode desprezar eventual subsunção a outras figuras delitivas contra as relações de consumo.

Nessa lógica, o art. 19 do Marco Civil da Internet ainda determinou que, *“com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”*

Trata-se de preceito de fundamental importância, para que sejam afastadas quaisquer pretensões apriorísticas de responsabilização da empresa ré pelo conteúdo ilícito em debate, até porque, s.m.j., não há notícia nos autos de descumprimento da liminar concedida, valendo colacionar a esse respeito o entendimento da Colenda 3ª Câmara de Direito Privado, segundo o qual *“no caso em julgamento, o ato lesivo é posterior à edição daquele diploma, de sorte que a responsabilidade civil do agravado somente é deflagrada a partir da ordem judicial, que determina a remoção do conteúdo reputado ofensivo.”* (117076176).

O sistema de direitos fundamentais brasileiro não confere à liberdade de expressão caráter absoluto, devendo ela ceder quando as circunstâncias do caso concreto impuserem a proteção a outras garantias fundamentais de igual estatura. O ponto foi acertadamente reconhecido no v. acórdão que, ao reformar a decisão de 1º grau, no caso, averbrou:

A questão a ser dirimida diz respeito aos limites da liberdade de expressão, assegurada pela Constituição da República (art. 5º, IV, da Constituição Federal).

De fato, é da essência do estado democrático de direito o comentário, a crítica e a discussão.

²⁴ Conforme leciona Daniel Sarmento, o princípio da dignidade humana é composto pelas dimensões de autonomia, valor intrínseco, mínimo existencial e reconhecimento. Argumenta o autor que o não reconhecimento decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, ao qual são arbitrariamente atribuídos traços negativos, que se projetam sobre todos os indivíduos que o integram. v. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016,

De outro turno, nenhum direito é absoluto, senão deve ser confrontado com outros também de estatura constitucional, tais como a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e a vedação constitucional ao racismo e à discriminação (art. 5º, caput e inciso XLII e art. 3º, inciso XLI).

Através dos aludidos incisos do artigo 5º, da Constituição da República, equalizam-se o direito de informar e de se expressar com os direitos individuais e coletivos, também por ela preservados.

[...]

Depreende-se do trecho reproduzido que a narrativa veicula ideia de contorno discriminatório, na medida em que se mostra favorável à sabotagem de negócios administrados por judeus, com base neste fator religioso e racial, traduzindo apologia ao antissemitismo, em desconformidade com os preceitos constitucionais.

[...]

Outrossim, a propagação de ideias e pensamentos antissemitas por parte de indivíduo, que desempenha papel relevante no cenário político-social pode influenciar o senso coletivo, induzindo a prática de condutas contrárias à ordem jurídica, em prejuízo de toda a sociedade. (g.n.)

V. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Ministério Público opina pela procedência da demanda, para que seja determinada a remoção definitiva, pela empresa ré, do apontado conteúdo injurídico, com base nos princípios e regras de direito mencionados ao longo do presente parecer.

Em relação à exequibilidade do comando decisório, pugna o Ministério Público que, uma vez afirmada a impossibilidade técnica de remoção limitada à parte ilícita do conteúdo, seja determinada a indisponibilidade integral do citado vídeo divulgado na plataforma pela empresa ré, comunicando-se o fato ao usuário e facultando-se ao responsável pela publicação a edição do material, com vistas a exclusão do conteúdo ilícito e vedado, nos termos da lei.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2024.

TULIO CAIBAN BRUNO

Promotor de Justiça²⁵

²⁵ O presente parecer foi elaborado nos autos da ação em epígrafe com o suporte e a colaboração do Assessor Jurídico Vinícius Périssé Maia Veras



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM
HABEAS CORPUS Nº 229.558 / PARANÁ**

21/11/2023

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

AGDO.(A/S): MARCELO ALVES DE SOUZA

ADV.(A/S): LEANDRO DE LIMA OLIVEIRA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITO GENÉRICO. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. RECORRIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. FEMINICÍDIO. INSUSCETIBILIDADE DE GRAÇA OU ANISTIA. SUBMISSÃO NOVO JULGAMENTO.

1. Se, de um lado, é admissível a utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecorrível a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico.

2. Não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação de justificar seus votos. No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre a racionalidade mínima que deve guardar toda e qualquer decisão.

3. A existência de diversas novas hipóteses de absolvição diante da previsão do quesito genérico, não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas.

4. Ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar.

5. Não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal *ad quem*, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri.

6. *In casu*, tendo o recorrido praticado, em tese, o crime hediondo de feminicídio, para o qual não cabe a concessão de clemência, tal hipótese sequer deve ser considerada, a fim de que possa justificar o não cabimento do recurso de apelação interposto contra a decisão absolutória do Tribunal do Júri.

7. Agravo regimental provido para o fim de manter a decisão do Tribunal de Justiça exarada para determinar a realização de novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, *em Sessão Virtual de 10 a 20 de novembro de 2023*, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao agravo regimental, a fim de manter a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que determinou a realização de novo julgamento do acusado MARCELO ALVES DE SOUZA pela prática de homicídio triplamente qualificado, tudo nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Nunes Marques (Relator) e André Mendonça.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

MINISTRO EDSON FACHIN

Redator para o acórdão

21/11/2023
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558 / PARANÁ

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

AGDO.(A/S): MARCELO ALVES DE SOUZA

ADV.(A/S): LEANDRO DE LIMA OLIVEIRA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: O Ministério Público do Estado do Paraná interpôs agravo interno de pronunciamento mediante o qual concedida a ordem de *habeas corpus* de ofício, para invalidar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Criminal n. 1.739.835-3, bem como o novo julgamento realizado por determinação deste, restabelecendo assim a decisão de absolvição prolatada pelo Tribunal do Júri.

O recurso ordinário foi interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça formalizado no HC 819.343 AgRg, ministro Reynaldo Soares da Fonseca (eDoc 24).

A parte recorrida sustentou, no recurso ordinário, que a absolvição pelo Conselho de Sentença se deu com fulcro no quesito genérico previsto no art. 483, III, e §2º, do Código de Processo Penal. Ante tal fundamento, requereu a desconstituição do “acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que determinou a submissão do paciente a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, restabelecendo-se, em consequência, a absolvição proclamada pelo Conselho de Sentença.”

No agravo, o Ministério Público do Estado do Paraná pleiteia a manutenção do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paranaense.

A parte agravada, em contraminuta, aponta a intempestividade do agravo. Postula, assim, o não conhecimento do recurso e, no mérito, o desprovimento.

É o relatório.

21/11/2023
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558 / PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): O agravo interno, protocolado por Procurador de Justiça, foi interposto no prazo legal, em momento anterior à intimação do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná (eDoc 66). Afasto, portanto, a preliminar de intempestividade suscitada pela parte agravada. Conheço do recurso.

A Corte estadual anulou o julgamento do Júri por meio do qual absolvido o paciente com base no quesito genérico. O acórdão ficou assim resumido (eDoc 4):

APELAÇÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO OPERADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – *RESPOSTA POSITIVA AOS QUESITOS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA E, NA SEQUÊNCIA, AO QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO* – MANIFESTA CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS JURADOS – NECESSIDADE DE SUBMETER O ACUSADO A NOVO JULGAMENTO. Embora se trate de uma medida excepcional, revelando-se o veredicto dos Jurados manifestamente contrário às provas dos autos, impõe-se a sua cassação, submetendo o réu a novo julgamento, sem que isso constitua violação ao princípio da soberania do Tribunal do Júri. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (com meus grifos)

Observo, entretanto, que a Segunda Turma do Supremo firmou entendimento no sentido de que a absolvição a partir do quesito genérico não pode ser impugnada com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Cito, a título de exemplo, trecho da ementa do HC 185.068, ministro Gilmar Mendes:

3. O Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal, o que se consagra constitucionalmente com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Consequentemente, restringe-se o recurso cabível em face da decisão de mérito dos jurados, o que resta admissível somente na hipótese da alínea “d” do inc. III do art. 593 do CPP: “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”. Em caso de procedência de tal apelação, o Tribunal composto por juízes togados pode somente submeter o réu a novo julgamento por jurados.

4. Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: “O jurado absolve o acusado?” (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação.

5. Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada “manifestamente contrária à prova dos autos”.

6. Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, “d”, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório.

Na espécie, tendo sido a absolvição fundamentada no referido quesito, entendo configurada afronta à soberania dos vereditos em virtude da determinação, com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, de novo julgamento.

Ante o exposto, desprovejo o agravo interno.

É como voto.

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558 / PARANÁ

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

AGDO.(A/S): MARCELO ALVES DE SOUZA

ADV.(A/S): LEANDRO DE LIMA OLIVEIRA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO DIVERGENTE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo eminente Ministro Nunes Marques.

O debate jurídico de fundo é o de saber se a determinação de novo julgamento, em sede de apelação, por contrariedade à evidência dos autos ofende a soberania dos veredictos, tendo em conta a quesitação genérica da culpa do acusado admitida pelo art. 483, §2º, do Código de Processo Penal, na redação que lhe deu a Lei 11.689, de 2008.

Com efeito, a questão posta sob exame nestes autos envolve a alteração legislativa no delineamento da quesitação do Tribunal do Júri. Nos termos do art. 483, §2º, do Código de Processo Penal, depois de responder sobre a materialidade e a autoria, o Conselho de Sentença deve responder se o acusado deve ser absolvido:

“Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos os incisos I e II do *caput* deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?”

A pergunta é substancialmente distinta daquela que era expressa no antigo texto do art. 484, por meio do qual era o juiz quem formulava os critérios a partir das alegações de antijuridicidade ou de não culpabilidade veiculadas pela defesa.

O que a defesa deduziu e que restou acolhido pelo e. Relator é que essa diferença de redação traz implicações para o sistema recursal. No modelo antigo, a apelação por novo júri, prevista no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, tinha lugar sempre a decisão fosse “manifestamente contrária à prova dos autos”. Assim, formulado quesito sobre a exclusão do crime e respondido de forma contrária à evidência dos autos, caberia a apelação. No atual sistema, a quesitação genérica não se destina a elencar apenas as hipóteses legais de exclusão da ilicitude ou da punibilidade, mas, por sua amplitude, a autorizar também a utilização de causas extraleais de exculpação.

A dúvida jurídica reside, portanto, em investigar não apenas a possibilidade dessa fórmula legal, mas também o seu alcance. Noutras palavras, é preciso investigar se a quesitação genérica é admitida pelo ordenamento jurídico e se é possível aos jurados exculparem os réus em todos os casos de competência do Tribunal do Júri.

A divergência que trago à colação consiste em sustentar que a alteração de redação não implica, necessariamente, o descabimento do recurso de apelação, seja para a defesa, seja para a acusação, noutras palavras, a quesitação genérica não implica, necessariamente, a inviabilidade do recurso previsto no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

O caminho a percorrer é sempre o da legalidade constitucional, isto é, é preciso examinar se a margem de conformação do legislador ordinário respeita os limites do texto constitucional.

A previsão constitucional do Tribunal do Júri é a seguinte:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

A primeira formulação desses termos é da Constituição de 1946, que, em seu art. 141, §28, dispunha ser “mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

As Constituições anteriores não consagraram os contornos do Tribunal do Júri, com as garantias e os termos que foram posteriormente a ele assegurados. A Constituição de

1891, por exemplo, previa laconicamente que “é mantida a instituição do júri”, conforme previsão de seu art. 72, §31.

A origem da fórmula adotada em 1946 deriva de emenda apresentada pelo então Deputado Constituinte Aloísio de Carvalho, que não apenas incluiu o júri no rol de direitos fundamentais, como também consagrou nele a soberania de seus veredictos. Sua emenda foi objeto de destaque e o Deputado Osvaldo Lima, nos debates, objetou sua aprovação, afirmando que “a inconsciência do júri libertava os piores criminosos”.

Contra essa posição, Aloísio Carvalho respondia que:

“O júri é, assim, ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, porque ninguém nega, ainda nos dias de hoje apesar das transformações das concepções democráticas, deva o acusado ser julgado pelos seus semelhantes; julgado acima de normas inflexíveis e rígidas da lei a que um juiz togado está obrigado, julgado de acordo com as condições locais, com as normas, os padrões morais da sociedade em que vive e onde cometeu o crime. Direito do cidadão, porque todos reconhecemos aos componentes de uma sociedade o direito de julgar os seus concidadãos como o de eleger os seus governantes”.

O nobre Constituinte também se opunha ao Decreto-Lei 167, de 1938, editado sob a égide da autoritária Constituição de 1937, por meio do qual retirava-se dos tribunais do júri a garantia da soberania de seus veredictos, permitindo-se aos tribunais de apelação que, em caso de contrariedade à evidência dos autos, outra decisão pudesse ser proferida.

A redação proposta por Aloísio Carvalho, portanto, visava restabelecer o júri, com as características sem as quais ele não existiria.

É preciso observar, contudo, que, em 1941, quando da promulgação do Código de Processo Penal, o recurso de apelação com fundamento da contrariedade de prova havia sido extinto. Ele só retorna para o Código, em 1948, por força da Lei 263, a mesma Lei que acabou sendo revogada, em parte, pelas alterações promovidas no sistema do júri pela Lei 11.689, de 2008.

A própria Lei 263 pode ser vista como esforço do legislador de regulamentar a nova disposição constitucional. Ela foi proposta já em 1946, como sendo o primeiro projeto da legislatura ali instalada. A Lei estabelecia a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e previa o procedimento para a formulação de quesitos e do recurso de apelação.

Com a Constituição de 1988, o texto de 1946 manteve-se praticamente idêntico, incorporando-se às disposições constitucionais sobre o júri apenas a competência material (crimes dolosos contra a vida) que havia sido fixada pela Lei 263. Durante os debates para a aprovação da nova Constituição, o constituinte Nyder Barbosa chegou a sugerir que a redação previsse, ainda, que as decisões absolutórias seriam irrecorríveis, proposta que, no entanto, não foi adiante no curso dos debates da Assembleia.

A síntese que se extrai da experiência constitucional sobre positivação da garantia do júri assegurada nos textos constitucionais é, de um lado, a de admitir a invocação de causa

extralegais de exculpação e, de outro, a de reconhecer como compatível com o princípio da soberania dos veredictos o recurso de apelação por contrariedade à prova dos autos.

Entendo, portanto, que é de se rejeitar de plano posições que considero extremadas sobre a instituição do quesito genérico previsto na atual redação do Código de Processo Penal. *Se, de um lado, é admissível a utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecorrível a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico.*

É preciso, contudo, melhor definir o alcance das disposições constitucionais. Para isso, o melhor guia são os debates travados no Congresso Nacional por ocasião da aprovação da Lei 263. Do curso desses trabalhos, é possível reconhecer, como o fez a Comissão de Constituição e Justiça, que “o princípio da soberania do júri somente estaria violado se ao tribunal *ad quem* se desse competência para modificar a decisão do júri, tal competência não é dada ao tribunal *ad quem* que somente pode mandar que o réu se submeta a novo julgamento”. Isso porque, como asseverava o relator do projeto na Câmara, Gustavo Capanema, “a soberania do júri tem que entender-se não como se fosse um princípio novo, assegurado pela Constituição, mas segundo o seu conceito consagrado tradicionalmente pelo nosso direito”.

E para justificar o uso tradicional do conceito relata (Projeto 591-A, de 1947):

“A apelação da decisão do júri, quando contrária à evidência do processo e para submeter o réu ao julgamento de novo júri, foi instituída em nosso país pela lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código do Processo Criminal de 1832. Mau grado as críticas desde logo suscitadas, o princípio perdurou. Sobre a matéria, doutrinava Pimenta Bueno:

‘Temos ouvido algumas opiniões manifestarem-se contra essa disposição da lei, mas pensamos que elas não têm razão. O júri tem sem dúvida o direito de decidir segundo sua convicção, mas convicção sincera e moral, que não pode nem deve contrariar a evidência das provas e debates concludentes; e que quando contraria, faz duvidar da sua boa fé e imparcialidade, ou supor um erro substancial. O injusto é sempre injusto, qualquer que seja o tribunal que o profira. O recurso, portanto, não desnatura a instituição; só o que é verdadeiramente justo é que apoia a liberdade e com ela a ordem pública’”.

Como se observa da leitura das razões do projeto de lei, em nenhum momento entendia-se que o julgamento de apelação para a realização de um novo júri implicaria ofensa à regra da soberania. É apenas no caso em que, tal como previa a lei feita durante o regime varguista, houvesse julgamento do mérito da acusação pelo órgão de apelação é que se poderia questionar de ofensa à decisão autônoma do Tribunal do Júri. Desde 1946, no entanto, não é esse mais o caso.

Além disso, o recurso de apelação movido pela acusação que tenha por objetivo a realização do novo júri ante a contrariedade manifesta com as provas produzidas visa, nas palavras de Pimenta Bueno, garantir a justiça da decisão, ou, caso se prefira, uma racionalidade mínima, como bem apontaram Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado, Matheus de Barros, Mariana Celano de Souza Amaral e Ana Clara Klink de Melo, em “As

Provas, os Jurados e o Tribunal: A Anulação dos Veredictos diante da Soberania do Júri” (in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 164, 220):

“Uma das características dos julgamentos no Tribunal do Júri é a de que os jurados não precisam fundamentar seus votos, pois eles julgam segundo a sua consciência. A regra do 593, III, “d”, do CPP (...), no entanto, aponta para um limite nesse procedimento valorativo: a consciência deve estar em alguma medida amparada por algum elemento de prova, pois se ela for manifestamente contrária à prova dos autos, o julgamento deve ser anulado. Trata-se de uma exigência de um mínimo de fundamento racional para a legitimidade do voto de consciência. Em outras palavras, é por meio dessa estreita janela que o juiz togado – a princípio guiado pela persuasão racional – pode supervisionar os jurados.

(...) a extensão dessa supervisão depende da interpretação que se dá à expressão “manifestamente contrária à prova dos autos”. Um dos problemas da redação atual do dispositivo é justamente a incerteza sobre o conteúdo da expressão, que abre extensa margem para o exercício da discricionariedade judicial nos Tribunal de Justiça. Reconhecemos que a discricionariedade é inerente à jurisdição, mas quando tratamos de veredictos de jurados amparados por previsão constitucional, ela deve se restringir ao mínimo possível. Mas, como apontado neste texto, tal mínimo interpretativo nem sempre é respeitado e, com isso, o significado da soberania dos veredictos fica à deriva nas Câmaras do Tribunal de Justiça. Ainda sobre a vagueza do dispositivo da lei processual, a expressão da lei é problemática ao mencionar “prova” no singular, como se houvesse uma única prova ou se o conjunto probatório fosse monolítico e apontasse em um único sentido. Em que pese os problemas ligados à letra da lei, podemos dizer que há formas de interpretá-la que são mais adequadas ao princípio da soberania dos veredictos do que outras”.

Como se observa, o recurso de apelação com fundamento na alínea “d” é, sem dúvidas, controverso, mas ele, em si, não desafia a cláusula da soberania dos vereditos, a menos não na forma como ela foi constitucionalmente assegurada.

Quando, então, seria possível afirmar que há violação da soberania? Além das hipóteses em que lei venha a – inconstitucionalmente – autorizar o Tribunal *ad quem* a julgar em substituição à decisão do Tribunal do Júri; também nos casos em que, embora sem lei, o Tribunal de apelação substitui-se na atividade judicante, isto é, na valoração da prova e no convencimento sobre a prova produzida.

Não é possível, portanto, que o Tribunal que julga a apelação possa valorar a prova de forma distinta e, com isso, julgar de forma diferente da que julgou o Tribunal do Júri. O efeito devolutivo do recurso é limitado, não se permitindo a substituição da atividade judicante, mas apenas admitindo o controle mínimo de racionalidade da decisão.

Como já dito, não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação e justificar seus votos. No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre a *racionalidade mínima*

que deve guardar toda e qualquer decisão. Se é certo que o Tribunal do Júri guarda distinções em relação à atividade judicial típica, não deixa de ser também um julgamento, isto é, a aplicação de uma norma jurídica a um caso particular e, como tal, deve guardar um mínimo de racionalidade e de objetividade. A importante tarefa de julgar não pode ser um jogo de dados.

O cerne da controvérsia dos autos, no entanto, reside em saber se esse controle mínimo tem aplicação nos casos em que o réu é absolvido pela incidência do quesito genérico. A pergunta que se coloca, portanto, é a de saber se o juízo feito pelo Tribunal de Apelação teria qualquer margem de avaliação nesses casos, porquanto, se admitida a absolvição por critérios extralegais, a incidência da norma ao caso concreto jamais poderia ser verificada. Dito de outro modo, se o júri é livre para escolher qualquer norma, inclusive morais, para absolver alguém, então jamais seria possível identificar o enquadramento normativo por ele realizado.

Esse raciocínio é, todavia, falacioso.

Não há dúvidas de que, tal como formulado, o quesito genérico de fato dá margem para que seja interpretado no sentido de se reconhecer a possibilidade de absolvição por critérios extralegais. *Mas a existência de diversas novas hipóteses de absolvição não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas.* Por isso, sempre haverá margem para que o Tribunal, no recurso de apelação, possa identificar a causa de absolvição, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, e, finalmente, se há respaldo mínimo nas provas produzidas, sempre tendo em conta que das provas, em geral, não se extrai apenas uma conclusão possível e, nos casos de divergência, a primazia é do Tribunal do Júri.

Sem precisar ser exaustivo, mas apenas para indicar os limites das causas de absolvição, é absolutamente contrária à Constituição a interpretação do quesito genérico que implique a repristinação da odiosa figura da legítima defesa da honra. Os avanços da legislação penal no combate à discriminação contra a mulher, como a Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio, não podem ser simplesmente desconsiderados pela interpretação sem limites da questão genérica.

É parte da missão constitucional deste Tribunal honrar a luta pela afirmação histórica dos direitos das minorias, não se podendo permitir que, a pretexto de interpretar o direito democrático da cláusula do júri, sejam revigoradas manifestações discriminatórias. Nesse sentido, permanecem atuais as lições de Sílvia Pimentel, Valéria Pandjarijin e Juliana Belloque, em seu célebre trabalho sobre a “Legítima Defesa da Honra”:

“Em função da soberania dos veredictos do júri popular, os Tribunais de Justiça dos Estados – que integram o segundo grau de jurisdição ou a chamada jurisdição recursal – apenas podem anular a decisão dos jurados considerada manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, com novos jurados; mas nunca é permitido a juízes(as) togados substituir a decisão recorrida.

Neste contexto, é muito comum a situação em que, mesmo após a anulação da absolvição, o Tribunal do Júri, em segundo julgamento, novamente aceita a aplicação da tese da “legítima defesa da honra” e acaba por absolver o homicida. Importa dizer que há um debate nacional

sobre a legitimidade ou não da existência desse tipo de tribunal popular. Alguns reconhecendo sua relevância e vendo-o como manifestação de um profundo espírito democrático. Outros, reconhecendo suas limitações face ao despreparo jurídico de seus componentes.

A comunidade internacional reunida na Organização das Nações Unidas (ONU) já se manifestou, por mais de uma vez – há vários documentos a respeito – sua não aceitação e mesmo repúdio às práticas culturais desrespeitadoras dos direitos humanos das mulheres.

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, 1995, em sua Plataforma de Ação, item 224, estabeleceu que a violência contra as mulheres constitui ao mesmo tempo uma violação aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute deste direito. Ressalta a violência contra as mulheres derivada dos preconceitos culturais e declara que é preciso proibir e eliminar todo aspecto nocivo de certas práticas tradicionais, habituais ou modernas, que violam os direitos das mulheres.”

Essa também é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fundo, reparações e custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº. 163, par. 197).

Esse entendimento encontra respaldo no texto constitucional que prevê, expressamente, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII, da CRFB).

Por isso, ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar.

A decisão do júri, para que seja minimamente racional e não arbitrária, deve permitir identificar a causa de absolvição. Dito de outro modo, para que seja possível o exame de compatibilidade do veredito com a jurisprudência desta Corte ou mesmo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que a causa de absolvição, ainda que variada, seja determinável. Caberá, portanto, ao Tribunal de Apelação o controle mínimo dessa racionalidade.

O reconhecimento doutrinário de causas extralegais de exculpação não exime o Tribunal de Apelação, caso haja recurso do Ministério Público, do exame das razões possíveis de absolvição. Elas podem fundar-se em elementos legais de exclusão da antijuridicidade ou mesmo nas legais de exculpação. Podem, ainda, evidentemente, referir-se a causas extralegais como o chamado “fato de consciência”, as situações de “provocação de legítima defesa” e os “conflitos de deveres”, como bem os descrevem Juarez Cirino dos Santos e René Dotti. Podem, finalmente, fundar-se na própria clemência dos jurados.

Seja qual for a tese escolhida, havendo um mínimo lastro probatório, ainda que haja divergência entre as provas, deve prevalecer a decisão do júri. De outro lado, *não se*

podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal ad quem, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri.

Ainda que tenha havido o reconhecimento formal, por meio da instituição do quesito genérico, do cabimento de causas extralegais de exculpação, elas podem e devem ser identificadas pelo Tribunal de apelação, sempre que assim o requerer o Ministério Público, sob pena de se transformar a participação democrática do júri em juízo caprichoso e arbitrário de uma sociedade que é ainda machista e racista.

Júri é participação democrática, mas participação sem justiça é arbitrio.

É evidente, portanto, que a alteração legal impõe maior ônus ao Ministério Público quando do ajuizamento do recurso de apelação, visto que caberá à acusação a prova da ausência de elementos de exclusão do crime, como, por exemplo, a antijuridicidade e a exculpação. Falhando o Ministério Público em demonstrar essas hipóteses, não caberá ao julgador, ante a ofensa do princípio acusatório, reconhecer a insubsistência das provas produzidas.

A imposição de maior ônus para o provimento do recurso de apelação, não se confunde, porém, com o seu descabimento. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente da Primeira Turma deste Tribunal:

*“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, d, DO CPP). NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. A possibilidade de recurso de apelação, prevista no art. 593, I, “d”, do Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, não é incompatível com a Constituição Federal, uma vez que a nova decisão também será dada pelo Tribunal do Júri. Precedentes 2. O exame do suporte probatório, de forma a infirmar o entendimento do Tribunal de apelação, é providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 142621 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 28-09-2017 PUBLIC 29-09- 2017).*

Trazendo essas considerações para o caso concreto, observo que a determinação para submissão a novo julgamento se firmou na contrariedade da decisão dos jurados às provas constantes nos autos. Com efeito, os jurados reconheceram a materialidade e a autoria, todavia, mesmo sem nenhuma tese defensiva apresentada, portanto, sem nenhum fato ou prova contrários àqueles que constavam dos autos, decidiram pela absolvição do réu.

Como já ressaltai, é possível aos jurados, diante da introdução do quesito genérico, livremente, valorarem e escolherem, dentre os elementos que constam dos autos, aquele que melhor lhe aprouverem, o que não ocorreu na presente hipótese, eis que inexistentes comprometendo, assim, os limites acima traçados.

De outro lado, ainda que se admita a tese de que a acusada foi absolvida pelo júri, ante ao reconhecimento da possibilidade de se conceder clemência, entendo, com a devida vênia, ser inviável, no caso concreto, essa hipótese.

É que a causa de absolvição pelo Tribunal do Júri recaiu sobre crime hediondo, eis que ao acusado MARCELO ALVES DE SOUZA foi imputada a prática do delito tipificado no art. 121, §2º, III, IV e VI, combinado com §2º-A, I e II c/c §7º, III, todos do Código Penal, considerada a redação da Lei 8.072/1990:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);”

Ora, crimes hediondos, como dispõe a própria Constituição Federal, são insuscetíveis de graça ou anistia e, *a fortiori*, de clemência a cargo do Tribunal do Júri. Assim, não sendo ela compatível com a Constituição, deve ser afastada.

In casu, tendo o recorrido praticado, em tese, crime hediondo, contra mulher, para o qual não cabe a concessão de clemência, tal hipótese sequer deve ser considerada, a fim de que possa justificar o não cabimento do recurso de apelação interposto contra a decisão absolutória do Tribunal do Júri.

Ante o exposto, divirjo do eminente Min. Relator para dar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público, a fim de manter a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná exarada para determinar a realização de novo julgamento do acusado MARCELO ALVES DE SOUZA, pela prática de homicídio triplamente qualificado.

É como voto.

21/11/2023
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558 / PARANÁ

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

AGDO.(A/S): MARCELO ALVES DE SOUZA

ADV.(A/S): LEANDRO DE LIMA OLIVEIRA

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Peço vênica para divergir do eminente Relator.

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público em face da decisão monocrática do Ministro *Nunes Marques*, que concedeu a ordem para restabelecer a decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri (quesito genérico).

Nas razões recursais, o Ministério Público afirma que “o acusado foi absolvido, durante sessão plenária realizada no Tribunal do Júri de Nova Esperança, da prática do delito de *feminicídio* (homicídio qualificado – art. 121, §2º, III, IV e VI, combinado com [o] §2º-A, I c/c §7º, III, todos do Código Penal, sob a égide da Lei 11.340/2006), contra a vítima Zenilce Jesus de Souza”, em manifesta contradição às provas dos autos (doc. 62).

Afirma que “embora tenha o Conselho de Sentença reconhecido a materialidade e autoria dos crimes, entendeu por absolver o réu no quesito genérico (art. 483, inc. III, do CPP), *malgrado ter o réu confessado a prática delitiva e ter a defesa se utilizado da tese de que o delito fora cometido por uma “paixão doentia”* (doc. 62).

Na origem, o recorrido foi denunciado como incurso no art. 147, c/c o art. 71 do Código Penal; no art. 330, c/c o art. 71 do Código Penal; no art. 121, §2º, inciso III (meio cruel), IV (tração, emboscada e recurso que tornou impossível a defesa da vítima) e VI, c/c o §2º-A, inciso I (violência doméstica e familiar) e II (*menosprezo ou discriminação à condição de mulher*), c/c o §7º, inciso III (na presença de descendente), todos do Código Penal, aplicando-se a regra do art. 69 do Código Penal, combinados, ainda, com o art. 5º, inciso III, arts. 6º e 7º, incisos I e II, todos da Lei nº 11.340/06.

O recorrido foi pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo que “o Conselho de Sentença reconheceu a materialidade e autoria delitiva quanto ao crime de ‘homicídio’, todavia, *absolveu o acusado quando da resposta ao quesito genérico da ‘absolvição’*, da mesma forma em relação aos crimes conexos de ‘ameaça’ e de ‘desobediência’ (mov. 242.5)” (doc. 7, p. 7).

Irresignado, o Ministério Público apelou, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em acórdão unânime, proveu a apelação do ente ministerial e submeteu o recorrido a novo julgamento, “por ter sido o *veredicto*

manifestamente contrário à prova dos autos, mas apenas em relação ao delito de ‘homicídio’ e dos crimes conexos de ‘ameaça’, ante a atipicidade do crime de ‘desobediência” (doc. 7, p. 7).

Embora a defesa tenha recorrido às instâncias extraordinárias, os recursos não tiveram seguimento pela Vice-Presidência do TJPR, transitando o acórdão em julgado.

Submetido a novo julgamento, o recorrido foi condenado pelo Conselho de Sentença, reconhecendo-se “a materialidade e autoria dos crimes de ‘homicídio’ e de ‘ameaça’, assim como as qualificadoras do ‘meio cruel’, da ‘emboscada’ e do ‘feminicídio’ quanto ao delito de ‘homicídio’ (mov. 597.5)” (doc. 7).

Interposto recurso pela defesa, o TJPR negou-lhe provimento (doc. 7).

Contra o acórdão da Corte estadual, foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ao qual também foi negado seguimento (doc. 24), em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. *WRIT* INDEFERIDO LIMINARMENTE. ART. 210 DO RISTJ. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA INADMISSIBILIDADE DA ANULAÇÃO DO JÚRI QUE ABSOLVEU O RÉU, NOS TERMOS DO ART. 483, III, DO CPP. TESE ANALISADA EM OUTRO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO PERANTE O STJ HÁ MAIS DE 3 (TRÊS) ANOS. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ DECIDIDO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o relator indeferirá liminarmente o *habeas corpus* quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos. 2. Na hipótese, o tema de fundo contido no presente *habeas corpus*, consistente no reconhecimento da inadmissibilidade da anulação do júri que decidiu pela absolvição genérica prevista no artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal, foi examinado e afastado por esta relatoria, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 560.102/PR, impetrado há mais de 3 (três) anos em favor do mesmo paciente e contra o mesmo acórdão de segundo grau (*Apelação Criminal* n. 1.739.835-3 - julgada pelo TJPR em sessão realizada no dia 19/4/2018), cuja decisão transitou em julgado nesta Corte em 11/5/2020. 3. Ademais, [j]á tendo sido a matéria devidamente analisada em prévia impetração, não há como se conhecer do mesmo pleito para esta mesma pessoa, apenas porque formulado por outro advogado (AgRg no HC 677.795/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021). 4. Por fim, cumpre esclarecer que, apesar de reconhecida a repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1087), no ARE n. 1.225.185/MG, tal feito encontra-se ainda pendente de julgamento, sem determinação de suspensão dos processos em curso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (doc. 24).

Ao interpor recurso em *habeas corpus* dirigido a esta Corte, o Ministro Relator concedeu a ordem de ofício para restabelecer a decisão absolutória, com fundamento em

precedentes da *Segunda Turma* do Supremo, segundo os quais a absolvição a partir do quesito genérico não pode ser impugnada com base no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, citando, a título de exemplo, excerto da ementa do HC nº 185.068, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

“3. O Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal, o que se consagra constitucionalmente com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, ‘c’, CF). Consequentemente, restringe-se o recurso cabível em face da decisão de mérito dos jurados, o que resta admissível somente na hipótese da alínea ‘d’ do inc. III do art. 593 do CPP: ‘fora a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos’. Em caso de procedência de tal apelação, o Tribunal composto por juízes togados pode somente submeter o réu a novo julgamento por jurados. 4. Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: ‘O jurado absolve o acusado?’ (art. 483, III e §2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação. 5. Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada ‘manifestamente contrária à prova dos autos’. 6. Limitação ao recurso da acusação com base no art. 593, III, ‘d’, CPP, se a absolvição tiver como fundamento o quesito genérico (art. 483, III e §2º, CPP). Inexistência de violação à paridade de armas. Presunção de inocência como orientação da estrutura do processo penal. Inexistência de violação ao direito ao recurso (art. 8.2.h, CADH). Possibilidade de restrição do recurso acusatório”.

Em que pese a fundamentação adotada pelo Relator e os precedentes da Segunda Turma no sentido da prevalência da soberania dos veredictos nos casos de absolvição por quesito genérico, o presente caso demanda análise acurada desta Turma, porque envolve *feminicídio*. *Conforme relatado, no segundo julgamento, os jurados reconheceram a qualificadora do feminicídio (doc. 6, p. 2).*

Segundo a denúncia, a suposta prática de feminicídio decorre do seguinte contexto:

“INTRODUÇÃO

Consta dos autos que a vítima Zenilce Jesus de Souza conviveu maritalmente com o denunciado Marcelo Alves de Souza por aproximadamente 13 anos, tendo formalizado o casamento em 2009, advindo dessa relação a criança G.B.S.4 (DN: 05.09.2006, 08 anos), residindo ainda com o casal, o filho da vítima e enteado do denunciado, quem seja, o adolescente C.J.M.5 (DN:

27.12.2000, 14 anos). Estavam separados, de fato, inclusive residindo em endereços diferentes desde dezembro de 2014, estando a criança e o adolescente sob os cuidados/residindo com a vítima.

DA AMEAÇA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O denunciado não concordou com a separação do casal, passando a ameaçar a vítima de morte. Destacou-se que no primeiro semestre de 2014 a vítima já havia sido ameaçada, embora não tivesse sido objeto de representação; destaca-se que entre 1º de dezembro de 2014 e 30 de janeiro de 2015, o denunciado MARCELO ALVES DE SOUZA, com o nítido propósito de ameaçar de fazer mal injusto e grave à vítima Zenilce Jesus de Souza, com plena consciência da ilicitude de sua conduta, remeteu via mensagem de celular (WhatsApp), um ídeo apresentando uma mulher deitada sobre uma cama com uma faca cravada na cabeça, subscrevendo na mensagem: 'Eu acabo com minha vida mas primeiro eu acabo com a sua'. Ameaçou com múltiplas mensagens: '(...) vc é uma maldita vai pagar tudo o que tá fazendo comigo', 'toma cuidado', 'vai toma no seu cu e no dela acabo com a sua vida e com dela eu quero q vc fala pra ela vagabunda fala mais alguma coisa q vo ai agora e te mato fala se vc for mulher', 'Só quero q vc vai embora por o acaso vai fazer ajente se encontrar de novo a cidade e pequena', 'Olha eu já te avisei pelo jeito vc não quer me ouvir to presando pelo seu bem eu não sei ate aonde eu posso chegar já te falei vai embora se não eu vo no seu trabalho fazer um escadalo e fala todos os seus podres to te avisando' (sic), 'Vc quer passar com outro homem na minha frente eu não vou aceitar eu to te falando numa boa'.

Aconteceu também que no mesmo período, mais precisamente no dia 21.01.2015, por volta das 17h20min, no Terminal Rodoviário deste Município de Nova Esperança, na Lanchonete Rei do Salgado, o denunciado MARCELO ALVES DE SOUZA, com o propósito de ameaçar a vítima Zenilce Jesus de Souza de lhe causar mau injusto e grave, interceptou-a e lhe reportou vozeirando: '*vagabunda, biscate, puta*', *ameaçando-a de morte e exclamando que iria acabar com a vida da vítima e [que], quando a pegasse, ela imploraria para ele não terminar com a vida dela [e] que arrancaria a cabeça da vítima, colocaria numa bandeja e remeteria para a mãe da vítima.*

Em razão das ameaças sofridas, temeu por sua vida, tendo a vítima Zenilce Jesus de Souza clamado proteção judicial com imposição de Medidas Protetivas de Urgência a que se refere a Lei n. 11.340/06 (Maria da Penha), inclusive a proibição do denunciado de entrar em contato e de se manter afastado da vítima. O Delegado de Polícia oficiou ao Juízo Criminal, o qual, por sua vez, imediatamente deferiu Medida Protetiva em favor da vítima, tendo o denunciado sido notificado pelo Meirinho, no dia 26/01/2015, de que doravante deveria mant[e]r uma distância mínima de 200 metros da vítima e seus familiares e estava proibido de entrar em contato com a mesma e seus familiares, inclusive restando suspenso o direito de visita da filha menor do

casal para salvaguardar a integridade física e psíquica da criança e evitar que o denunciado usasse a criança para chantagear a vítima.

A DESOBEDIÊNCIA E O HOMICÍDIO

Em absoluto desprezo à ordenação judicial, iracundo e com o nítido propósito de matar, [em] 14.03.2015, por volta das 14h00min, dirigiu-se até a residência da vítima Zenilce Jesus de Souza, sito na Rua Adelicio Fagundes Dias, 137, Jardim Santo Antônio, município e Foro Regional de Nova Esperança, Comarca da Região Metropolitana de Maringá (PR), e ali, *após se aproximar, interceptar e objetivamente perguntar para vítima se estava a gostar de outrem, deixou imediatamente o local quando obteve resposta positiva, dizendo que já suspeitava de tal.*

Então, por volta das 22h00min do mesmo dia, o denunciado, novamente desobedecendo a ordem judicial que lhe proibia de contato com familiares da vítima, telefonou ao celular do enteado C.J.M. (14 anos) e perguntou sobre a vítima, respondendo o adolescente que ela tinha saído, retrucando o denunciado 'eu vou ligar no Conselho Tutelar e vou foder com ela, ela não pode fazer isso cara!'. Em seguida, entre 22h00min do dia 14.03.2015 e 01h00min do dia 15 de março de 2015, o denunciado MARCELO ALVES DE SOUZA aproximou-se sorrateiramente da residência da vítima já antes mencionad[a], e porque encontrou trancado o portão, foi-se pela lateral do muro que beirava terreno vazio e ali desobstruiu cerca elétrica, pulou o muro e ficou escondido no quintal da residência, encoberto pela escuridão, de tudo preparando uma emboscada para vítima.

Por volta da 01h00min do dia 15 de março de 2015, após a vítima ser deixada em sua residência pelo namorado, aquela pegou sua chave, destrancou o cadeado do portão do muro que dá acesso ao quintal, nele ingressou e tornou a trancar o cadeado. Neste momento, já dentro do quintal, ao caminhar em direção à porta de acesso a casa, foi a vítima surpreendida à traição pelo denunciado MARCELO ALVES DE SOUZA, o qual, portando um instrumento perfuro cortante (provavelmente uma faca, instrumento não apreendido), saiu da ocultação da escuridão e de surpresa, de modo que impediu a defesa da vítima, lançou-se contra Zenilce Jesus de Souza e lhe desferiu 12 (doze) seguidos golpes, causando-lhe aguda hemorragia, que foram a causa determinante da sua morte.

O denunciado agiu de forma cruel, multiplicando em golpes e submetendo a vítima a extrema dor, destacando 12 violentos golpes perfuro cortantes que lhe perfuraram pescoço, mão, tórax, clavícula, destacando-se os ferimento 01 (região cervical direita, aproximadamente 8 centímetros de profundidade, direção para cima e esquerda até a coluna cervical, lesionando artéria carótida e veia jugular direita, medindo 4/1,8cm) e o ferimento 06 (medindo 7/2,5 cm, direção para baixo e para direita, cauda para cima e para trás, penetra cerca de 10 cm, lesa artéria e veia carótida esquerda, penetra por baixo da clavícula

esquerda, lesa ápice dos 2 pulmões), os quais foram as lesões mortais que lesaram as artérias carótidas e veias jugulares bilateralmente 12.

Para além disso, ao ingressar no quintal de sua casa, pelas suas costas havia acabado de trancar o cadeado do portão de acesso; e para o lado da frente ainda encontrava a porta de sua casa trancada, de tudo rodeado por muros, não tendo para onde fugir, resultando ser impossível que a vítima fugisse de seu algoz, tendo agindo o denunciado de forma a to[r]nar impossível a defesa da vítima.

Os autos revelam que o denunciado sabia que o adolescente C.J.M (14 anos) – filho da vítima, e a criança G.B.S. (08 anos) estavam no interior da residência e mesmo assim praticou o feminicídio na presença dos referidos descendentes da vítima, os quais escutaram os gritos de dor e desespero da vítima e ouviram ela exclamar: ‘Filho, abre a porta que a mãe está morrendo!’. Em seguida, abriram a porta, escoraram-na de ombros, indo-se para dentro e caindo ao chão em decúbito frontal. Enquanto o adolescente C.J.M. mantinha sua mão por sobre o ferimento no pescoço da vítima para tentar estancar a intensa hemorragia, a criança G.B.S. se lançou aos pés da vítima sua mãe e ali permanecia em estado de choque.

Ambos vislumbraram os momentos de agonia final do resultado da hemorragia externa e morte da mãe¹³, que apresentava múltiplos cortes e perfurações pelo corpo, com ambiente amplamente ensanguentado 14. O denunciado havia fugido e vizinhos escutaram os gritos de socorro da adolescente e criança, indo-se ao local, somente conseguindo ingressar no quintal após pular o muro, removendo depois cadeado do portão com chave que estava nas mãos da criança, levando a vítima ao Pronto Socorro, sem alcançar sucesso, pois a intensa hemorragia provocou o passamento da vítima. Confirmado o passamento¹⁵ da vítima e solenizado seu sepultamento, muito sofreram os descendentes da vítima, pois que, para além de terem presenciado o feminicídio, fora-lhes retirado de sua companhia abruptamente, por provocação violenta do pai e padrasto, resultando em entrega mediante Guarda à avó materna, mudando-se imediatamente para o Estado de São Paulo, abreviando convivência materna ainda em tenra infância e adolescência” (doc. 4).

O caso, portanto, não se limita ao Tema nº 1087 da Sistemática da Repercussão Geral, ainda pendente de julgamento, no qual se trata sobre “a possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos”.

Tendo em vista a acusação se basear em “*feminicídio*”, a controvérsia nos presentes autos mais se assemelha à questão discutida por esta Suprema Corte, no julgamento da ADPF nº 779, de *minha relatoria*, DJe 6/10/23, no qual o Pleno desta Corte, por unanimidade, julgou procedente o pedido para:

“(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF);

(ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência,

(iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento;

(iv) diante da impossibilidade de o acusado beneficiar-se da própria torpeza, fica vedado o reconhecimento da nulidade, na hipótese de a defesa ter-se utilizado da tese com esta finalidade.

• conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, para entender que *não fere a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri o provimento de apelação que anule a absolvição fundada em quesito genérico, quando, de algum modo, possa implicar a ripristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra.*” (Grifo nosso)

Na ocasião, o pedido formulado pelo autor da ADPF versava, em grande medida, *sobre a hipótese em que o feminicida é absolvido com base em suposta “legítima defesa da honra”, nos termos do art. 483, inciso III, §2º, do CPP (absolvição genérica ou por clemência), com incursões no princípio da soberania dos veredictos.*

Ressaltei que é dever do Estado criar mecanismos para coibir o feminicídio e a violência doméstica, nos termos do art. 226, §8º, da CF, segundo o qual o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, *criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*” (grifo nosso). Decorre da norma constitucional em tela não somente a obrigação do Estado de adotar condutas positivas, mas também o *dever de não ser conivente e de não estimular a violência doméstica e o feminicídio.*

Nesse sentido, transcrevo, naquilo que interessa ao presente caso, a fundamentação do voto na ADPF nº 779 sobre a necessidade de proteger a mulher e de coibir as práticas de violência doméstica e feminicídio:

“A propósito do feminicídio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio de nota divulgada em 4/2/19, expressou ‘sua preocupação pela prevalência alarmante de assassinatos de mulheres por motivo de estereótipo de gênero no Brasil, uma vez que pelo menos 126 mulheres foram mortas no país desde o início do ano’.

No ensejo, a Comissão exortou o Brasil ‘a implementar estratégias abrangentes para prevenir tais eventos e cumprir sua *obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis*; bem como oferecer proteção e reparação integral a todas as vítimas’.

Salientou, ainda, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, ‘segundo dados da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), da Organização das Nações Unidas, *40% de todos os assassinatos de mulheres registrados no Caribe e na América Latina ocorrem no Brasil*’ (Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp?fbclid=IwAR29DPySrtbfqc9X_xpF4K%20piKJUQJ13o83pr5IGxMQUCPJ9XQhajE-L9svQ>. Acesso em: 24/2/21).

De acordo com o Atlas da Violência, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Brasil registrou *50.056 assassinatos de mulheres entre 2009 e 2019*. (Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9144-dashboardevilenciainmulherfinal-1.pdf>. Acesso em: 27/6/23).

Apenas em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas, o que significa que uma mulher foi morta a cada 2 horas no Brasil. Entre 2008 e 2018, a taxa de homicídio de mulheres *em suas residências* subiu 8,3%. Apenas em 2019, registrou-se um aumento dessa taxa em 6,1%. Ainda segundo o IPEA, *os feminicídios representam 1/3 das mortes violentas de mulheres no país* (Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/4942-emquestao8atlas.pdf>. Acesso em: 27/6/23).

Por sua vez, o Mapa da violência de 2015: Homicídio de mulheres no Brasil, lançado por instituições parceiras de direito humanos (ONU Mulheres, Organização Pan-Americana da Saúde, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, ligada ao antigo Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, e Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais), já registrava que *o Brasil detinha a 5ª maior taxa de feminicídios do mundo*:

‘Com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados:

* 48 vezes mais homicídios femininos que o Reino Unido;

* 24 vezes mais homicídios femininos que Irlanda ou Dinamarca;

* 16 vezes mais homicídios femininos que Japão ou Escócia’ (Disponível em: https://flasco.org.br/files/2015/11/MapaViolencia_2015_muIheres.pdf. Acesso em: 27/6/23).

Outrossim, segundo o levantamento feito pelo *Estadão Dados*, núcleo do jornal *O Estado de São Paulo* especializado em reportagens baseadas em estatísticas, *no Estado de São Paulo, a cada 60 (sessenta) horas uma mulher é vítima de feminicídio, conforme boletins de ocorrência da Secretaria de Segurança Pública*. (Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/saopaulo/uma-mulher-e-vitima-de-femicidio-a-cada-60-horas-noestado-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 4/12/22).

O Ministério da Saúde, com base no cruzamento dos registros de óbitos com os atendimentos na rede pública de saúde entre 2011 e 2016, verificou que *três em cada dez mulheres que morreram no Brasil por causas ligadas à violência haviam sido frequentemente agredidas* (Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/brasil/3-em-cada-10-mulheres-que-morrem-por-violencia-tem-historico-deagressao/>>. Acesso em: 4/12/22).

Por sua vez, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 indicou:

‘[u]ma escalada nos feminicídios no Brasil em nível nacional e subnacional. No país, os casos registrados passaram de 929 em 2016, primeiro ano completo de vigência da lei, para 1.326 em 2019 – um aumento de 43% no período. Mesmo com a redução nos homicídios em 2018 e 2019, o número de casos de feminicídio registrados continuou a subir, assim como sua proporção em relação ao total de casos de homicídios com vítimas mulheres’ (Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 24/2/21).

Na publicação de 2022, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública *confirma a tendência de crescimento do número de feminicídios no Brasil*, ‘passando de 929 casos, em 2016, para 1.341, em 2021 conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública’, registrando um aumento de cerca de 44,3% no período (Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 2/12/22, p. 156).

O documento consigna que:

‘[a] violência doméstica é progressiva, ou seja, tende a começar com agressões verbais, humilhações e constrangimentos, podendo evoluir para agressões físicas e até para o seu ápice, que é o feminicídio. Portanto, até chegar ao extremo de ser assassinada, a vítima muito provavelmente já passou por outros tipos de agressão e, em muitos casos, já buscou ajuda do Estado — o qual, por sua vez, mostrou-se incapaz de assegurar-lhe a devida proteção’ (Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 2/12/22, p. 157).

De acordo com o *Monitor da Violência*, uma parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da violência da USP e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve um aumento de 5% nos casos de feminicídios em 2022 em comparação a 2021. Mil e quatrocentas mulheres foram mortas em 2022 pelo simples fato de serem mulheres, o que equivale a uma mulher assassinada a cada 6 horas, em média. Esse é o maior número registrado pelo Monitor da Violência desde que entrou em vigor a Lei nº 13.104/15, a qual tornou o feminicídio uma circunstância qualificadora do crime de homicídio. Esses dados vão na contramão da redução do número de assassinatos sem o recorte de gênero observada no mesmo período (Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-defeminicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml>. Acesso em: 28/6/23)."

Assim, reconhecendo novamente a notória epidemia de crimes violentos contra mulheres no Brasil e a evidente necessidade de que as situações de discriminação de gênero sejam devidamente endereçadas pelo Poder Judiciário, de forma a reforçar o poder normativo da Constituição, reitero o entendimento de que o *acusado de feminicídio absolvido, na forma do art. 483, inciso III, §2º, do Código de Processo Penal, pode se sujeitar a novo julgamento quando o tribunal de justiça estadual reconhecer que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, tal como ocorre no presente caso.*

Com efeito, o TJPR, ao analisar o conjunto probatório, reconheceu que a decisão dos jurados que absolveu o acusado com base no quesito genérico "*contrariou escancaradamente as provas ora produzidas*" (doc. 4).

Eis o excerto da fundamentação adotada pela Corte estadual:

"(...)

Com efeito, se necessário for realizar um estudo mais acurado do caso '*sub judice*' para se chegar a conclusão de que a decisão mostrou-se contrária às provas dos autos, invariavelmente, se estará invadindo a competência privativa do Tribunal do Júri, cuja soberania dos veredictos é estabelecida no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal como garantia fundamental. Feita esta breve consideração, passo à análise as razões recursais.

Sustenta o [Ó]rgão Ministerial a nulidade do feito em razão da ocorrência de contradição na resposta dos Jurados aos quesitos.

Para tanto, afiança que o Conselho de Sentença, por maioria, reconheceu a materialidade e a autoria do delito, acolhendo, contraditoriamente, e em ato contínuo, o quesito genérico para absolver o Apelado.

Da análise dos autos, verifica-se que merece prosperar parcialmente o apelo, no que tange aos crimes de ameaça e lesão corporal.

A materialidade dos delitos resultou comprovada pelos boletins de ocorrência nº 2015/276907 (ps. 07/09 dos autos de inquérito policial nº 879- 95.2015.8.16.0119) e nº 2015/79256 (p. 13 do IP), mandado de proibição

decorrente de concessão de medidas protetivas de urgência (p. 16 do IP), tomadas fotográficas de tela de telefone celular (ps. 19, 113/116 e 121/134 do IP), questionário de levantamento de local (p. 21 do IP), certidão de óbito (p. 36 do IP) e laudo do exame de necropsia (ps. 88/95 do IP).

A autoria também é incontroversa, máxime pela própria confissão do acusado, conforme bem delineado pela D. Procuradoria de Justiça em seu cuidadoso parecer:

[a]pelado Marcelo Alves de Souza confessou a autoria das facadas que causaram a morte da vítima Zenilce, bem como que a havia ameaçado por mensagens enviadas por aplicativo de telefone celular (whatsapp). Disse que conviveu com a vítima por 12 anos, mas estavam separados há 03 meses por iniciativa de Zenilce. Ficou inconformado com a atitude da ex[-]companheira ao deixar a residência familiar, pois acredita não ser a forma adequada de terminar um relacionamento duradouro. Certo dia, após avistar a vítima com um namorado, enviou mensagens ao telefone celular dela com os dizeres: 'eu acabo com minha vida, mas acabo com a sua primeiro'; '(...) vc é uma maldita vai pagar tudo o que tá fazendo comigo', 'toma cuidado', 'vai toma no seu cu e no dela acabo com a sua vida e com dela eu quero q vc fala pra ela vagabunda fala mais alguma coisa q vo ai agora e te mato fala se vc for mulher'. Também afirmou que em 14/03/2015 aproximou-se da vítima mesmo na vigência das medidas protetivas de urgência, alegando que o fez para perguntar a Zenilce se ela gostava de outro homem. No mesmo dia tornou a desobedecer tais medidas de proteção ao telefonar ao adolescente C.J.M. para perguntar se a vítima estava em casa.

Em relação ao homicídio, o réu alegou que rumou à casa da vítima em horário não recordado visando [a] buscar a filha G.B.S., após ser informado via telefone elo adolescente C.J.M. que Zenilce não estava em casa. Confusamente disse que, por ter sido ameaçado pela vítima algumas semanas antes, pulou o muro da casa dela temendo ser agredido caso tocasse a campainha. Permaneceu no terreno sem contatar a filha G.B.S. nem o adolescente C.J.M., alegando que não quis acordar a criança e que queria conversar com Zenilce antes de levar a filha do local. Declarou que pulou o muro da residência pela lateral, em parte na qual não havia cerca elétrica. Pouco depois a vítima retornou ao local, abriu o portão e, ao avistar o interrogado, perguntou-lhe: 'o que você está fazendo aqui?', ao que ele respondeu que levaria a filha consigo, além de indagar Zenilce por que ela estava no carro de outro homem. Então, a vítima lhe respondeu que estava com o rapaz há tempos e passou a lhe ofender verbalmente, motivo pelo qual ele sacou a faca que portava e passou a desferir golpes na vítima, não lembrando a quantidade nem a sede das facadas.

Disse que ficou em ‘estado de choque’ ao perceber o que havia feito, ao passo que a vítima escorou-se numa parede da residência, sangrando. Alegou que, embora arrependido, saiu do local sem prestar socorro e sem levar consigo a filha, eis que ‘não sabia o que fazer’. Salientou que usou a faca para romper a cerca elétrica existente sobre o muro e empreendeu fuga. No trajeto livrou-se da faca e rumou para Colorado/PR, permanecendo escondido num matagal até o dia seguinte. Aduziu, ainda, que noutras duas ocasiões em que foi à residência da vítima para visitar a filha, levou consigo uma faca, alegando que o fez para proteger-se.

Não houve testemunhas presenciais do momento das facadas. Edevaldo Alves Cardoso, vizinho da vítima, disse (p. 714) que estava em sua casa quando ouviu gritos altos de dor. Pouco depois o adolescente C.J.M. começou a pedir socorro, momento em que o depoente se aproximou do portão para averiguar e encontrou o vizinho Edilson nas imediações. O adolescente pediu que ambos entrassem para ajudá-lo, mas o portão estava trancado. Então, diante da insistência do adolescente por ajuda, o depoente decidiu pular um dos muros e adentrou o quintal.

Após fazê-lo avistou C.J.M. tentando estancar sangramento no pescoço da vítima, ao passo que a menina G.B.S. estava em pé vendo a situação. Em seguida esta criança lhe entregou a chave do portão e o interrogado o destrancou, ocasião em que ele e Edilson conduziram a vítima ao hospital, salientando que, a seu ver, a vítima faleceu antes mesmo de o carro deixar a respectiva rua.

Claudair Pereira Ocanha (p. 711) narrou que namorava a vítima há cerca de 03 meses, período no qual Zenilce constantemente lhe relatava estar sendo ameaçada pelo réu, tendo o depoente visualizado no telefone celular dela algumas mensagens de texto e um vídeo de cunho ameaçador (no qual uma mulher era esfaqueada) enviados pelo acusado. Disse, ainda, que presenciou ameaça verbal proferida pelo réu contra a vítima, ocasião na qual ele também ameaçou o depoente de morte. Na data dos fatos saiu com a vítima por volta das 20 h e, após tomarem sorvete, a levou para casa em horário não recordado, momento em que o depoente foi embora e nada mais presenciou.

A informante Elenice Jesus de Lima, genitora da vítima, relatou (p. 715) que na constância do relacionamento Zenilce reiteradamente se queixava do comportamento violento do réu, motivando que decidisse se separar. Narrou que em tal ocasião foi ao local buscar a filha, tendo o réu lhe dito que poderia levar Zenilce e o adolescente C.J.M. do local, mas ‘sangraria a menina G.B.S.’ antes que alguém pudesse retirar a criança de lá. A informante disse, ainda, que após a separação o réu passou a perseguir e ameaçar a vítima, até a data do homicídio.

As testemunhas Gabriela Rodrigues Toledo de Souza (p. 712) e Cristiane Magalhães Nogueira (p. 713) afirmaram que após a separação o apelado constantemente ameaçava a vítima, tanto pessoalmente como por mensagens via whatsapp. Ambas narraram que a vítima lhes mostrou um vídeo enviado pelo réu, no qual uma mulher era morta a facadas.

Conforme destacou o Ministério Público em suas razões de recurso, 'em que pese a defesa ter trabalhado com a tese de que MARCELO 'matou por uma paixão doentia', não há, dentro do ordenamento jurídico pátrio, causa legal que exclua tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade da prática de um crime 'por paixão doentia'. Isto porque o apelado: a) agiu com dolo direto (*animus necandi*); b) houve subsunção do fato à norma (tipicidade formal e material); c) há o resultado naturalístico exigido pelo crime em questão (morte da vítima), e; d) houve o nexo causal. Por sua vez, não se constatou, e sequer foi alegado pela defesa, qualquer causa excludente de ilicitude. Outrossim, não há causa que exclua a culpabilidade do apelado, porquanto: e) o apelado é imputável; f) possuía, ao tempo da ação, potencial consciência da ilicitude (capacidade cultural de conhecer o caráter ilícito do fato, e; g) era dele exigível conduta diversa, pois não agiu sob coação moral irresistível ou obediência hierárquica; h) a paixão e a emoção não excluem a imputabilidade penal (art. 28, do Código Penal).'

Sendo assim, diante do conjunto probatório colacionado nos autos, conclui-se que, apesar de terem os Jurados acolhido a tese sustentada em plenário pela Defesa, sua decisão contrariou escancaradamente as provas ora produzidas.

Diante de tais constatações, tenho que a decisão do Conselho de Sentença que absolveu Marcelo Alves de Souza dos crimes de homicídio qualificado e ameaça não encontra amparo no arcabouço probatório existente, devendo ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos.

Ressalte-se, outrossim, como bem alertado pelo Ministério Público nas razões recursais, que "o feminicídio, por si só, já é um crime gravíssimo, quanto mais pelas circunstâncias que o qualificaram: a) a premeditação, uma vez que o réu foi armado até a casa da vítima e lá permaneceu de tocaia; b) a reiteração dos golpes, isto é, 12 (doze) facadas em diversas regiões do corpo da vítima, provocando-lhe dor intensa e sofrimento atroz, caracterizando o meio cruel; c) a prática do crime na presença dos filhos da vítima, que a ouviram gritando por socorro e a viram agonizar até a morte; d) a verdadeira motivação do crime, qual seja, pelo fato de a vítima não querer mais reatar o relacionamento".

Assim sendo, há que ser anulado, nessa parte, o *decisum* de primeiro grau, para o fim de proporcionar ao Conselho de Sentença outra oportunidade de apreciar e decidir o processo, ainda que chegue, novamente, à idêntica conclusão. Por outro lado, em relação ao crime

de desobediência, conforme destacou a d. Procuradoria de Justiça, há abalizado posicionamento doutrinário e jurisprudencial³ no sentido de ‘considerar o amoldamento da conduta do agente ao art. 3 STJ, AgRg no HC 305.436/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 07/04/2016, p. DJe 19/04/2016; STJ, HC 305.409/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 05/04/2016, p. DJe 15/04/2016. 330, do CP, somente se o comando normativo violado não prever sanção específica, para um alinhamento no sentido da intervenção mínima do Direito Penal’.

E, no caso dos autos, a Lei nº 11.340/2006 prevê em seu artigo 22, §§ 3º e 4º, meios para garantir a execução e eficácia das medidas protetivas de urgência, razão pela qual o novo julgamento pelo Tribunal do Júri de Nova Esperança deverá [se] restringir aos crimes de homicídio qualificado e ameaça.

Diante do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para o fim de anular o julgamento realizado, devendo o Réu Marcelo Alves de Souza ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri em relação aos crimes de homicídio qualificado e ameaça” (doc. 4).

Na espécie, verifica-se que o TJPR, soberano na análise fático-probatória concluiu pela contrariedade manifesta da decisão dos jurados às provas contidas nos autos, conclusão feita a partir das provas coligidas aos autos.

Dessa forma, a anulação da decisão absolutória dos jurados pelo TJPR, com a consequente submissão do recorrido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, *não violou a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri*, tendo em vista a *suposta prática de feminicídio* e a manifesta contrariedade das provas dos autos.

Se a soberania dos veredictos fosse utilizada, no presente caso, como escudo à submissão a novo julgamento, haveria o risco de implicar, de algum modo, a repristinação da odiosa tese da legítima defesa da honra, nos termos decididos por esta Corte, na ADPF nº 779, ainda que sob o pretexto de “paixão doentia”.

Ademais, este Supremo Tribunal tem posição consolidada no sentido de que “a discussão sobre o acerto ou o desacerto do acórdão do Tribunal que cassa decisão dos jurados contrária às provas dos autos demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de *habeas corpus*” (HC nº 118.656/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17/3/14).

No mesmo sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – SUSTENTAÇÃO ORAL EM SEDE DE ‘AGRAVO REGIMENTAL’ – INADMISSIBILIDADE – CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO REGIMENTAL (RISTF, ART. 131, §2º) – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE INVALIDOU, COM APOIO NO ART. 593, III, ‘d’, DO CPP, O PRIMEIRO JULGAMENTO (ABSOLUTÓRIO) EMANADO DO TRIBUNAL DO JÚRI – CONDENAÇÃO PENAL QUE SOBREVEIO, NO ENTANTO, NO SEGUNDO JULGAMENTO PELO JÚRI – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO

DO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, 'd') – PRIMEIRA DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS – PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADO – AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, 'd', DO CPP – PRETENDIDO RECONHECIMENTO “DA NÃO CONTRARIEDADE”, À PROVA DOS AUTOS, “DO VEREDICTO PROLATADO PELO PRIMEIRO CONSELHO DE SENTENÇA e após; – EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO – INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO ‘HABEAS CORPUS’, EM CUJO ÂMBITO NÃO SE MOSTRA VIÁVEL DILAÇÃO PROBATÓRIA – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (RHC nº 132.632/PRAgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 3/8/16).

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SUBMISSÃO A NOVO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS PARA DECIDIR DE FORMA DIVERSA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para concluir de forma diversa do assentado nas instâncias antecedentes e restabelecer a decisão de absolvição do Recorrente, seria necessário o reexame de fatos e provas para averiguar se esta decisão primeira no sentido da absolvição do Recorrente seria ou não contrária à prova dos autos, ao que não se presta o recurso ordinário em *habeas corpus*. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento” (RHC nº 132.321/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 1º/3/16);

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Júri. Homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º, II e IV). Apelação da defesa, sob o fundamento de que a decisão que reconheceu a incidência das qualificadoras foi manifestamente contrária às provas dos autos. Recurso não provido pela Corte estadual. Soberania dos veredictos. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. 1. A aferição sobre a justiça da incidência das qualificadoras imputadas ao sentenciado exige aprofundamento do exame do acervo fático-probatório da causa, inviável em sede de *habeas corpus*. Precedentes. 2. Recurso ordinário a que se nega provimento” (HC nº 119.887/MS, Primeira Turma, de *minha relatoria*, DJe de 31/3/14);

“*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, d, DO CPP). NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que não há falar em ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos pelo Tribunal de Justiça local que sujeita os réus

a novo julgamento (art. 593, III, d, do CPP), quando se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 2. No caso, o Tribunal de Justiça estadual reconheceu que a tese defensiva não é minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal. Desse modo, qualquer conclusão desta Corte em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*. 3. Ordem denegada (HC nº 94.730/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/10/13)."

Ante o exposto, voto pelo *provimento do agravo*, para negar seguimento ao recurso em *habeas corpus* e restabelecer o acórdão proferido pelo TJPR e a segunda sessão plenária em que se condenou o recorrido.

É como voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 229.558

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

AGDO.(A/S): MARCELO ALVES DE SOUZA

ADV.(A/S): LEANDRO DE LIMA OLIVEIRA (148012/SP)

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, a fim de manter a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que determinou a realização de novo julgamento do acusado MARCELO ALVES DE SOUZA pela prática de homicídio triplamente qualificado, tudo nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Nunes Marques (Relator) e André Mendonça. Segunda Turma, Sessão Virtual de 10.11.2023 a 20.11.2023.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Gilmar Mendes, Edson Fachin, Nunes Marques e André Mendonça.

Hannah Gevartosky
Secretária

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS Nº 232.112 / GOIÁS

19/12/2023

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 232.112 / GOIÁS

RELATOR: MIN. CRISTIANO ZANIN

AGTE.(S): PAULO JOSÉ DA SILVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VIABILIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSÁRIO REEXAME DE FATOS E PROVAS QUANTO AO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO REQUERIDO PELA IMPETRANTE NESTE *WRIT*. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I - No julgamento do HC 185.633 AgR/SP, da Relatoria do Ministro Edson Fachin, a Segunda Turma desta Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal.

II - O “[...] art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal” (AP 976/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Rev. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13/4/2020).

III - A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que “[o] *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente” (HC 134.985 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/06/2017).

IV - Agravo ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de dezembro de 2023.

CRISTIANO ZANIN – RELATOR

19/12/2023

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 232.112 / GOIÁS

RELATOR: MIN. CRISTIANO ZANIN

AGTE.(S): PAULO JOSÉ DA SILVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática proferida, por mim, nestes autos (documento eletrônico 7).

Consta destes autos que o paciente foi condenado a 3 (três) meses de detenção como incurso no art. 129 [lesão corporal], § 9º [violência doméstica – agrediu fisicamente à esposa], do Código Penal, por duas vezes e na forma do art. 69, do mesmo diploma legal (documento eletrônico 2, p. 394).

Neste recurso, o agravante reitera os argumentos constantes da inicial deste *writ*. Sustenta, ainda, que:

“Extraí-se dos autos que o *habeas corpus* teve o seguimento negado ao fundamento de que seria ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório, bem como por entender que seria possível ao juiz, ator imparcial no processo, optar pela condenação mesmo sem a devida provocação da acusação. Entretanto, em que pese a respeitabilidade da referida decisão, importa ressaltar que, diante da flagrante violação, por parte da autoridade coatora, aos dispositivos legais e constitucionais apontados, não merece subsistir o fundamento apresentado.

O *habeas corpus* é ação autônoma de impugnação que objetiva a liberdade de locomoção, possuindo a mais importante finalidade das ações constitucionais, a proteção da liberdade de ir e vir.

Dessa maneira, o pedido levado a esta Suprema Corte é medida que se adéqua à Constituição Federal, em especial o artigo 5º, inciso LXVIII, enquanto visa garantir a inviolabilidade do *status libertatis*, podendo ser requerida sempre que a liberdade, que obteve proteção constitucional, estiver sendo violada ilegalmente.

Nos termos da Constituição Federal, o *habeas corpus* é peça autônoma, não possuindo qualquer vinculação anterior. Desse modo, ante a grave violação ao direito e ir e vir, o *habeas corpus* devolve a este Supremo Tribunal Federal toda a matéria anteriormente ventilada, a fim de que se proceda a apreciação da ilegalidade, não havendo que se falar em inviabilidade de exame do acervo fático-probatório e a indevida supressão de instância.

Ademais, ainda que se desconsidere a autonomia do *habeas corpus* e, desse modo, a prevalência dos fundamentos apresentados pela decisão monocrática, incabível utilizá-los em detrimento dos direitos do paciente que, mediante grave constrangimento ilegal, tem sua liberdade cerceada.

Portanto, a liberdade do indivíduo deve preponderar em relação a supostas regras processuais, cabendo ao judiciário cumprir a sua nobilíssima missão em relação à atividade-fim, de resguardar o cumprimento do ordenamento jurídico, não podendo deixar que as regras dos meios superem a sua própria finalidade.

Nesse passo, verifica-se que a matéria veiculada no remédio constitucional trata de direitos humanos fundamentais, podendo, portanto, ser conhecida de ofício a qualquer momento, caindo por terra a suposta necessidade de exame do acervo fático probatório. Ora, tratando-se de matéria passível de ser conhecida de ofício, o Poder Judiciário não pode declinar ou se recusar a apreciar lesão ou ameaça a direito, nos termos da inafastabilidade da jurisdição constitucionalmente prevista (art. 5º, XXXV, da CF).

Cumprе ressaltar, ainda, que a hodierna e pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de relativização do óbice apresentado nos casos de evidente teratologia de decisão que viola direito humano fundamental. Nesse sentido, confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes arestos deste Supremo Tribunal Federal: [...]” (documento eletrônico 9, p. 2-3).

Ao final, requer:

“Diante do exposto, pugna o agravante, em não havendo retratação pelo Ministro Relator, seja o presente Agravo Regimental submetido ao Colegiado e, via de consequência, dado provimento ao presente recurso para reformar a decisão monocrática e, com isso, reconhecendo a violação a direito fundamental, conceder a ordem pretendida no *habeas corpus*, ainda que de ofício. Por fim, requer que sejam observadas as prerrogativas conferidas aos membros da Defensoria Pública, em especial a intimação pessoal, inclusive quanto a inclusão do feito em pauta, e contagem em dobro de todos os prazos processuais, conforme disposto no artigo 128, I da Lei Complementar Federal n. 80/94 e artigo 186 do Código de Processo Civil.” (documento eletrônico 9, p. 7-8)

A vista à Procuradoria Geral da República foi dispensada, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

19/12/2023
PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 232.112 / GOIÁS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN (RELATOR): Reexaminados estes autos, entendo que a decisão agravada não merece reforma ou qualquer correção.

No julgamento do HC 185.633 AgR/SP, da Relatoria do Ministro Edson Fachin, a Segunda Turma desta Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade do art. 385, do Código de Processo Penal. A ementa desse acórdão é a seguinte:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. DELITO DO ART. 89 DA LEI 8.666/1993. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. SUPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA PRATICADA. ABSOLVIÇÃO OU TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. ART. 385 DO CPP. CONSTITUCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Eventual divergência quanto às premissas adotadas pelas instâncias antecedentes implicaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede de *habeas corpus*. 2. É constitucional o art. 385 do CPP. Jurisprudência desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido.”

Anoto, ainda, que “[o] art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal” (AP 976/PE, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Rev. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13/4/2020).

Nessa mesma direção:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ELEITORAL E PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO INC. IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 1359734 AgR/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 7/3/2022).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME ELEITORAL. ABSOLVIÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. REEXAME DE PROVAS: INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (HC 207.290 AgR/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 30/11/2021)

Feitos esses registros, colaciono agora, por oportuno, a ementa do acórdão impugnado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PLEITO MINISTERIAL PELA ABSOLVIÇÃO. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, ‘nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal’ (AgRg no REsp n. 1.612.551/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/2/2017, DJe 10/2/2017). 2. O fato de o órgão acusador requerer a absolvição do réu não acarreta vinculação do órgão julgador, em virtude do conteúdo dos arts. 155 e 385 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental desprovido” (documento eletrônico 3).

A decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não merece reparos, pois está em sintonia com a referida orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Para além disso, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que “[o] *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente” (HC 134.985 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/06/2017).

Nesse contexto:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA, PELO RECONHECIMENTO DE ATENUANTE GENÉRICA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (HC 229.357 AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 17/08/2023).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. DELITO DO ART. 89 DA LEI 8.666/1993. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. SUPOSTA

ATIPICIDADE DA CONDUTA PRATICADA. ABSOLVIÇÃO OU TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. ART. 385 DO CPP. CONSTITUCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Eventual divergência quanto às premissas adotadas pelas instâncias antecedentes implicaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede de *habeas corpus*. 2. É constitucional o art. 385 do CPP. Jurisprudência desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido” (HC 185.633 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 24/03/2021).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Nº 232.112

PROCED.: GOIÁS

RELATOR: MIN. CRISTIANO ZANIN

AGTE.(S): PAULO JOSE DA SILVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 8.12.2023 a 18.12.2023.

Composição: Ministros Alexandre de Moraes (Presidente), Cármen Lúcia, Luiz Fux e Cristiano Zanin.

Disponibilizou processos para esta sessão o Ministro Dias Toffoli, não tendo participado do julgamento, desses feitos, o Ministro Cristiano Zanin, por sucedê-lo na Turma.

Luiz Gustavo Silva Almeida
Secretário da Primeira Turma

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 / DISTRITO FEDERAL

04/07/2022

PLENÁRIO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI

REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): RAFAEL ECHEVERRIA LOPES

INTDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: OBSERVATÓRIO DO CLIMA

ADV.(A/S): PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO

ADV.(A/S): RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTÓDIO

ADV.(A/S): FERNANDO NABAIS DA FURRIELA

AM. CURIAE.: INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S): THAÍS NASCIMENTO DANTAS

ADV.(A/S): PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS

ADV.(A/S): MARCELO PELEGRINI BARBOSA

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): JULIA MELLO NEIVA

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
MEIO AMBIENTE - ABRAMPA

ADV.(A/S): VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. FUNDO CLIMA. NÃO DESTINAÇÃO DOS RECURSOS VOLTADOS À MITIGAÇÃO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO A COMPROMISSOS INTERNACIONAIS.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se alega que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar vultosos recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas. Pede-se: (i) a retomada do funcionamento do Fundo; (ii) a decretação do dever da União de alocação de tais recursos e a determinação de que se abstenha de novas omissões; (iii) a vedação ao contingenciamento de tais valores, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável.

2. Os documentos juntados aos autos comprovam a efetiva omissão da União, durante os anos de 2019 e 2020. Demonstram que a não alocação dos recursos constituiu uma decisão deliberada do Executivo, até que fosse possível alterar a constituição do Comitê Gestor do Fundo, de modo a controlar as informações e decisões pertinentes à alocação de seus recursos. A medida se insere em quadro mais amplo de sistêmica supressão ou enfraquecimento de colegiados da Administração Pública e/ou de redução da participação da sociedade civil em seu âmbito, com vistas à sua captura. Tais providências já foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões. Nesse sentido: ADI 6121, Rel. Min. Marco Aurélio (referente à extinção de múltiplos órgãos colegiados); ADPF 622, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (sobre alteração do funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA); ADPF 623-MC, Rel^a. Min^a. Rosa Weber (sobre a mesma problemática no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FMNA).

3. O funcionamento do Fundo Clima foi retomado às pressas pelo Executivo, após a propositura da presente ação, liberando-se: (i) a integralidade dos recursos reembolsáveis para o BNDES; e (ii) parte dos recursos não reembolsáveis, para o Projeto Lixão Zero, do governo de Rondônia. Parcela remanescente dos recursos não reembolsáveis foi mantida retida, por contingenciamento alegadamente determinado pelo Ministério da Economia.

4. Dever constitucional, supralegal e legal da União e dos representantes eleitos, de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas. A questão, portanto, tem natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Determinação de que se abstenham de omissões na operacionalização do Fundo Clima e na destinação dos seus recursos. Inteligência dos arts. 225 e 5º, § 2º, da Constituição Federal (CF).

5. Vedação ao contingenciamento dos valores do Fundo Clima, em razão: (i) do grave contexto em que se encontra a situação ambiental brasileira, que guarda estrita relação de dependência com o núcleo essencial de múltiplos direitos fundamentais; (ii) de tais valores se vincularem a despesa objeto de deliberação do Legislativo, voltada ao cumprimento de obrigação constitucional e legal, com destinação específica. Inteligência do art. 2º, da CF e do art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LC 101/2000 (LRF). Precedente: ADPF 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio.

6. Pedido julgado procedente para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo.

7. Tese: *O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF).*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em julgar procedente a ação para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo, fixando a seguinte tese de julgamento: “O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF)”. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator com ressalvas.

Brasília, 24 de junho a 1 de julho de 2022.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

04/07/2022

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 / DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI

REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): RAFAEL ECHEVERRIA LOPES

INTDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: OBSERVATÓRIO DO CLIMA

ADV.(A/S): PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO

ADV.(A/S): RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTÓDIO

ADV.(A/S): FERNANDO NABAIS DA FURRIELA

AM. CURIAE.: INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S): THAÍS NASCIMENTO DANTAS

ADV.(A/S): PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS

ADV.(A/S): MARCELO PELEGRINI BARBOSA

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): JULIA MELLO NEIVA

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
MEIO AMBIENTE - ABRAMPA**

ADV.(A/S): VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se, originalmente, de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL,

pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pela Rede Sustentabilidade. Alega-se que a União, desde 2019, vinha se omitindo em fazer funcionar o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e deixando de aplicar seus vultosos recursos para a adoção de medidas de mitigação às mudanças climáticas. Afirma-se que tal comportamento viola o direito constitucional a um meio ambiente saudável CF, art. 225), bem como enseja o descumprimento, pelo Brasil, de compromissos internacionais de redução de emissões de gases de efeito estufa (GEEs) e de combate às alterações do clima (CF, art. 5º, § 2º).

2. Com base em tais fundamentos, os requerentes pediram, em sede cautelar:

a) *Determinar à UNIÃO que tome as medidas administrativas necessárias para reativar o funcionamento do FUNDO CLIMA com todos os recursos autorizados pela lei orçamentária (abrangidas as modalidades não reembolsável e reembolsável de atuação do Fundo), permitindo sua captação por órgãos e entidades da administração pública direta e indireta (federal e estadual e municipal); fundações de direito privado (incluídas as fundações de apoio); associações civis; empresas privadas; cooperativas; governo central do país beneficiário e instituições multilaterais, conforme previsto em seu próprio sítio eletrônico;*

b) *Determinar à UNIÃO, através do MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, que apresente em até 30 (trinta) dias o Plano Anual de Aplicação de Recursos do FUNDO CLIMA para o ano de 2020, e se abstenha de não elaborar os Planos subsequentes, relativos aos anos de 2021 e 2022;*

c) *Determinar à UNIÃO que se abstenha de contingenciar novamente recursos do FUNDO CLIMA nos próximos orçamentos a serem apresentados.*

3. No mérito, os requerentes postularam a confirmação das cautelares e a declaração de inconstitucionalidade do comportamento omissivo. Pediram, ainda, em caráter subsidiário, o recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso se entendesse ser a via mais adequada.

4. Recebi a ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental, por entender que a narrativa desenvolvida na inicial envolve, em verdade, a descrição de ações e omissões, que, em seu conjunto, geram potencial impacto sobre o poder-dever do Poder Público de assegurar um meio ambiente saudável para as presentes e futuras gerações. Ou seja: cuida-se da tutela de um preceito fundamental da Constituição.

5. A Presidência da República manifestou-se pelo descabimento da ação, porque ela se voltaria, em seu entendimento, contra atos de natureza regulamentar. No mérito, alegou inexistir retrocesso na matéria e ponderou que a destinação dos recursos em questão se insere no exercício de competência discricionária do Chefe do Executivo, que não se sujeitaria a revisão judicial sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º).

6. O Senado Federal manifestou-se elencando um conjunto de projetos de lei e de atos praticados na matéria, com o propósito de demonstrar a ausência de omissão por parte do Poder Legislativo.

7. A Advocacia-Geral da União apresentou parecer pelo descabimento da ação, por entender que não veicula matéria constitucional (mas infraconstitucional), bem como por estar

ausente, em seu entendimento, o requisito da subsidiariedade (dado que seria possível propor ação coletiva sobre o tema). No mérito, defendeu a ausência de omissão e a improcedência dos pedidos. Para justificá-la, alegou que os recursos que deveriam ter sido aplicados no ano de 2019 seriam – *no tempo futuro* – transferidos ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES (confirmando a mora quanto a eles), mas invocou a prática de atos de preparatórios à sua execução e à colocação do Fundo Clima em funcionamento. Confira-se o teor da respectiva ementa:

Política ambiental. Suposta ausência de providências administrativas relacionadas ao meio ambiente e, em especial, ao funcionamento do FUNDO CLIMA, imputada ao Governo Federal. Inconformismo quanto à alegada inércia governamental na liberação de recursos destinados à mitigação das emergências climáticas e na elaboração do Plano Anual de Aplicação de Recursos. Impugnação a suposto contingenciamento de verbas orçamentárias destinadas ao Fundo. Alegações de ofensa ao modelo de federalismo cooperativo e à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Preliminares. *Ausência de questão constitucional. Inobservância ao requisito da subsidiariedade.* Improriedade da ampliação do objeto da ação, de ofício, para conhecimento de “estado de coisas inconstitucional” não suscitado na inicial. Mérito. Insustentabilidade dos argumentos formulados pelos requerentes. A edição de atos normativos e a adoção de medidas de natureza administrativa pelos órgãos federais competentes esvaziam a suposta inércia imputada ao ente central. *A formalização do processo de composição do Comitê Gestor do FUNDO CLIMA, associada à pauta de aprovação de Relatórios de Execução relativos aos anos de 2018 e 2019, bem como do Plano Anual de Aplicação de Recursos referente ao ano em curso, permitirão a imediata transferência de recursos de 2019 ao BNDES para a execução orçamentária de 2020.* Suposta omissão inconstitucional não configurada. Manifestação pela improcedência dos pedidos. (Grifou-se)

8. Convoquei audiência pública para colher informações sobre o tema, na qual estiveram presentes órgãos e entidades de distintas esferas de governo, organizações multilaterais, entes da sociedade civil, institutos, clínicas e *experts* que se dedicam ao monitoramento, à pesquisa e à investigação da matéria ambiental. Na ocasião, guiou-me a preocupação não apenas com o não funcionamento do Fundo Clima em si, mas com o contexto mais amplo em que o problema se insere, de grave retrocesso ambiental e desarticulação de políticas públicas, a tornar a situação ainda mais grave. Os relatos apresentados em audiência pública, cuja transcrição se compõe de mais de 600 páginas (doc. 147), oferecem à sociedade e ao Supremo Tribunal Federal um registro oficial das distintas “versões” sobre o estado em que se encontra a questão ambiental, assim como sobre a situação específica do Fundo Clima e da destinação de seus recursos.

9. Quanto ao primeiro tema, causa estranheza o confronto do discurso de autoridades do governo com os relatos de *experts* e das entidades da sociedade civil. De um lado, afirmam-se múltiplas iniciativas e inovações. De outro, franca paralisia, abandono e retrocesso. Esse é o “grande quadro” em que se encontra o país no momento: há uma imensa dificuldade em lidar

com fatos; cada grupo do espectro político parece viver uma verdade própria. Entretanto, os dados e a ciência confirmam as versões mais pessimistas. A tal ponto se voltará mais adiante, não porque se tenha convertido o feito em um processo estrutural sobre “estado de coisas inconstitucionais”, como alegado pela AGU, mas porque o contexto mais amplo em que se aprecia o presente caso é relevante para seu julgamento e deve, ainda, ficar registrado para as futuras gerações.

10. Quanto ao Fundo Clima propriamente, conforme depoimento do então Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, confirmou-se que a União efetivamente deixou de prover seu funcionamento durante o ano de 2019 e em parte de 2020, deixando de aprovar os Planos de Anuais de Aplicação de Recursos (PAARs) de 2019 e 2020 e abstendo-se de destinar vultosos recursos pertinentes a tais anos (até então). Com a propositura da ação e o risco de destinação dos recursos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o governo mobilizou-se rapidamente para retomar seu funcionamento. Confira-se, quanto ao ponto, a manifestação do então Ministro do Meio Ambiente:

Com relação ao Fundo Clima, que é o tema central desta ação e desta audiência, eu gostaria de iniciar dizendo que, como reconhecido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, *o plano de ação já foi feito [em 2020], o comitê gestor já foi empossado e os recursos já foram encaminhados ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, da ordem de 581 milhões de reais*, o que demonstra que é o maior encaminhamento de recursos bienal, como se verifica normalmente, de 2011 até hoje, de todos os tempos.

E a pergunta que talvez se fizesse: por que fez só agora? Fez só agora *porque só agora foi aprovado o marco legal do saneamento, que vem tramitando desde o ano passado na Câmara dos Deputados* - a MP de 2018 caducou -, e nós reputamos a questão do saneamento ou da ausência de saneamento, num país em que 100 milhões de pessoas não têm coleta e tratamento de esgoto, não têm sequer água potável, como o principal problema ambiental do Brasil e que também concorre com as questões das emissões. Da mesma maneira e na mesma medida, o problema dos resíduos sólidos, ou caos, como nós dizemos, de resíduos sólidos ou de lixo no Brasil. (Grifou-se)

10. Veja-se que *a manifestação reconhece, implicitamente, o não funcionamento do Fundo entre 2019 e a propositura da ação, com o pretexto de se esperar pelo marco regulatório de saneamento*. O ponto será enfrentado no voto.

11. Na sequência, o Juízo intimou a União e o BNDES para confirmação da alegada destinação dos recursos. O BNDES confirmou a transferência dos recursos para ações reembolsáveis. A União esclareceu a alocação parcial de recursos não reembolsáveis, informando o contingenciamento de parte do valor. Veja-se:

50. Basicamente, o Fundo Clima conta com a ação 20G4, destinada ao financiamento não reembolsável, e com a ação 00J4, destinada

ao financiamento reembolsável. No orçamento de 2020, a ação 20G4 contava com uma dotação disponível de R\$ 6.207.228, que foi totalmente destinada ao projeto Lixão Zero Rondônia. *Havia outros R\$ 212.772 que estavam bloqueados pelo Ministério da Economia, em função do atendimento das metas fiscais, sem possibilidade de utilização.* [...]

51. Assim, não restaram recursos disponíveis em 2020, pois as dotações foram utilizadas de forma integral. Também não existem valores disponíveis de exercícios anteriores, pois os orçamentos não utilizados, como já mencionado, não constituem patrimônio permanente do FNMC. (Grifou-se)

12. O Observatório do Clima apresentou, então, petição nos autos, chamando a atenção para o fato de que *o novo comitê gestor do Fundo, nomeado pelo atual governo, teria privilegiado em suas alocações para financiamento não reembolsável as atividades de saneamento e destinação de resíduos sólidos, que contribuiriam com percentual irrisório, de apenas 4%, das emissões de GEEs do Brasil.* Salientou, nessa linha, que o governo estaria optando por alocar recursos em atividades menos relevantes para as mudanças climáticas e deixando outras, mais relevantes, a descoberto. Nesse sentido, o desmatamento e as alterações de uso do solo seriam responsáveis por percentual superior a 50% das emissões de GEEs.

13. Em janeiro de 2021, os requerentes apresentaram petição afirmando que: (i) a integralidade dos recursos não reembolsáveis havia sido de fato alocada pela União em favor de um único projeto, denominado “Lixão Zero”, de interesse do governo de Rondônia; (ii) o governo de Rondônia estaria impedido de receber recursos federais, mas se aceitou sua substituição pelo Consórcio Intermunicipal da Região Centro Leste do Estado de Rondônia (CIMERO), formado por 44 municípios; (iii) 4 prefeitos estariam sendo investigados por ilícitos “relacionados ao setor de resíduos sólidos”; (iv) tal alocação estaria em desacordo com a lei que rege a aplicação dos recursos do Fundo Clima. Isso porque a prioridade para ações de saneamento deliberada pelo novo colegiado do Fundo Clima baseou-se nas atividades elencadas como prioritárias pelo Decreto 10.143/2019, que, por sua vez, teria contrariado o teor da Lei 12.114/2009, a qual já teria definido as atividades destinatárias de recursos do Fundo Clima. Levantaram-se dúvidas sobre a legalidade e legitimidade dos valores destinados ao projeto Lixão Zero, requerendo-se ao Juízo o deferimento de tutela antecipada para suspender os repasses.

14. Indeferi o pedido de antecipação de tutela. A ADPF constitui ação integrante do sistema de controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, tendo por objeto a operação do Fundo Clima, em especial quanto ao comportamento omissivo do Poder Público. Já a medida postulada pretendia submeter ao Juízo questão concreta e específica, pertinente a projeto determinado, em que recursos não reembolsáveis do Fundo foram aplicados, bem como a possíveis irregularidades praticadas no procedimento de alocação de tais recursos ou, ainda, perpetradas por alguns membros do consórcio que os receberá. Entendi que a matéria fugia ao objeto da ação, devendo ser articulada por ação própria. Além disso, as alegadas irregularidades foram invocadas de forma genérica, não permitindo a confirmação de sua efetiva ocorrência.

15. Postularam ingresso nos autos, a título de *amici curiae*: (i) o Instituto Alana (voltado à defesa dos direitos de crianças e adolescentes em face de políticas públicas sociais e

orçamentárias); (ii) o Laboratório do Observatório do Clima (Observatório do Clima); (iii) a Frente Nacional dos Prefeitos (FNP); (iv) a Conectas Direitos Humanos (entidade de defesa de direitos humanos); e (v) a Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA). Deferi o ingresso de todas as referidas entidades, tendo em vista sua representatividade e expertise na matéria.

16. É o relatório.

04/07/2022
PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 /DISTRITO
FEDERAL**

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. FUNDO CLIMA. NÃO DESTINAÇÃO DOS RECURSOS VOLTADOS À MITIGAÇÃO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO A COMPROMISSOS INTERNACIONAIS.

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se alega que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar vultosos recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas. Pede-se: (i) a retomada do funcionamento do Fundo; (ii) a decretação do dever da União de alocação de tais recursos e a determinação de que se abstenha de novas omissões; (iii) a vedação ao contingenciamento de tais valores, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável.

2. Os documentos juntados aos autos comprovam a efetiva omissão da União, durante os anos de 2019 e 2020. Demonstram que a não alocação dos recursos constituiu uma decisão deliberada do Executivo, até que fosse possível alterar a constituição do Comitê Gestor do Fundo, de modo a controlar as informações e decisões pertinentes à alocação de seus recursos. A medida se insere em quadro mais amplo de sistêmica supressão ou enfraquecimento de colegiados da Administração Pública e/ou de redução da participação da sociedade civil em seu âmbito, com vistas à sua captura. Tais providências já foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões. Nesse sentido: ADI 6121, Rel. Min. Marco Aurélio (referente à extinção de múltiplos órgãos colegiados); ADPF 622, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (sobre alteração do funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA); ADPF 623-MC, Rel.^a Min.^a Rosa Weber (sobre a mesma problemática no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente - FMNA).

3. O funcionamento do Fundo Clima foi retomado às pressas pelo Executivo, após a propositura da presente ação, liberando-se: (i) a integralidade dos recursos reembolsáveis para o BNDES; e (ii) parte dos recursos não reembolsáveis, para o Projeto Lixão Zero, do governo de

Rondônia. Parcela remanescente dos recursos não reembolsáveis foi mantida retida, por contingenciamento alegadamente determinado pelo Ministério da Economia.

4. Dever constitucional, supralegal e legal da União e dos representantes eleitos, de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas. A questão, portanto, tem natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Determinação de que se abstenham de omissões na operacionalização do Fundo Clima e na destinação dos seus recursos. Inteligência dos arts. 225 e 5º, § 2º, da Constituição Federal (CF).

5. Vedação ao contingenciamento dos valores do Fundo Clima, em razão: (i) do grave contexto em que se encontra a situação ambiental brasileira, que guarda estrita relação de dependência com o núcleo essencial de múltiplos direitos fundamentais; (ii) de tais valores se vincularem a despesa objeto de deliberação do Legislativo, voltada ao cumprimento de obrigação constitucional e legal, com destinação específica. Inteligência do art. 2º, da CF e do art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LC 101/2000 (LRF). Precedente: ADPF 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio.

6. Pedido julgado procedente para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo.

7. Tese: *O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF).*

1. Trata-se de ação direta ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Rede Sustentabilidade, admitida como arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por meio dela, invocam-se ações e omissões da União, que, na prática, ensejariam o não funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima), e a não aplicação de seus vultosos recursos para a adoção de medidas de mitigação as mudanças climáticas, em violação ao direito a um meio ambiente saudável (CF, art. 225), bem como de compromissos internacionais de que o Brasil e parte (CF, art. 5º, § 2º).

I. PRELIMINARES

2. Rejeito as preliminares invocadas pela União. Não se trata, tal como alegado pela Presidência, de ação por meio da qual se investe contra meros atos que regulamentam o funcionamento do Fundo Clima. Ao contrário, questionam-se ações e sobretudo *omissões*

(portanto, a ausência de atos) que ensejaram o não funcionamento do Fundo, com a indevida retenção e não aplicação de seus recursos em 2019 e ao menos parte de 2020. Não há tampouco violação reflexa, tal como alegado pela Advocacia-Geral da União. O exame das ações e omissões da União na matéria não demanda seu cotejo com a lei. Ao contrário, o exame se dá à luz do direito constitucional a tutela do meio ambiente, a sua preservação para presentes e futuras gerações, assim como a proteção e restauração de processos ecológicos essenciais (CF, art. 225, *caput* e parágrafos).

3. Não procede tampouco o argumento de que estaria ausente, no caso, o requisito de subsidiariedade aplicável a ADPF, ao fundamento de que as mesmas ações e omissões poderiam ser discutidas por meio de ações coletivas. A toda evidência, o problema só será adequadamente solucionado por meio de ação direta de que resulte uma decisão com efeitos vinculantes e gerais para o Poder Judiciário e para a Administração Pública. Não há dúvida, portanto, quanto ao cabimento da ação ou quanto a presença do referido requisito.

II. MÉRITO

4. No mérito, os requerentes pedem a retomada do funcionamento do Fundo Clima, com a aprovação do Plano Anual de Aplicação de Recursos – PAAR, a continuidade da captação de recursos e sua efetiva alocação. Pedem, ainda, que se determine a União que assegure o funcionamento do Fundo Clima enquanto ele existir, abstendo-se de paralisá-lo novamente, e dando destinação a seus recursos; bem como se vede o contingenciamento de seus recursos, a fim de evitar que, por medida transversa (alegada necessidade de atender a normas de responsabilidade fiscal), o governo opte justamente por contingenciar as verbas destinadas ao combate as mudanças climáticas e, portanto, a proteção ao meio ambiente.

5. Antes, contudo, de adentrar no mérito propriamente, e importante tecer algumas considerações sobre o contexto em que o presente caso se desenvolve e sobre as implicações do presente debate.

1. O CONTEXTO:

1.1. O QUE SÃO MUDANÇAS CLIMÁTICAS

6. A questão ambiental é uma das questões definidoras do nosso tempo. E no seu âmbito que se situam dois temas conexos, com imenso impacto sobre as nossas vidas e das futuras gerações: a mudança climática e o aquecimento global. O *aquecimento global* está associado ao “efeito estufa”. A energia solar alcança a atmosfera da Terra e é refletida de volta para o espaço. Parte dessa energia, no entanto, fica retida na atmosfera pelos chamados gases de efeito estufa, dos quais o mais importante é o dióxido de carbono. Esse é um fenômeno natural e necessário para manter a Terra em temperatura compatível com a vida humana.

7. Sucede que fatos da vida moderna, como, sobretudo, a queima de combustíveis fósseis (carvão, petróleo, gás natural), mas também a agricultura, a pecuária e o desmatamento têm aumentado excessivamente a emissão de gases de efeitos estufa e a consequente retenção de calor, provocando o aquecimento do planeta e relevantes *mudanças climáticas*. As consequências são sentidas em diferentes partes do mundo. Entre elas podem ser apontados: o aumento da temperatura global, o aquecimento dos oceanos, o derretimento das calotas polares (*ice sheets*), a retração das geleiras (*glacial retreat*), a perda da cobertura de neve

no Hemisfério Norte, a elevação do nível do mar, a perda na extensão e espessura do gelo do Mar Ártico, a extinção de espécies em proporções alarmantes e o número crescente de situações climáticas extremas (como furacões, enchentes e ondas de calor). O conjunto de tais alterações pode colocar em risco a sobrevivência do homem na Terra.¹

8. A solução do problema depende do esforço de todos e cada um dos países e passa por repensar o modo de produção e consumo consolidado até aqui, de forma a incorporar o conceito de “desenvolvimento sustentável”: aquele que “atende as necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”. O desenvolvimento sustentável depende de uma redução geral de gases de efeito estufa (GEEs) por todos os atores envolvidos, entre outras medidas.

1.2. COMPROMISSOS TRANSNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL

9. Em virtude disso, idealizou-se um regime jurídico transnacional para o enfrentamento das mudanças climáticas, assentado sobre três pilares: (i) a *Convenção Quadro*, que entrou em vigor em 1994, foi ratificada por 197 países e estabeleceu princípios abrangentes, obrigações de caráter geral e processos de negociação a serem detalhados em conferências posteriores entre as partes; (ii) o *Protocolo de Kyoto*, que entrou em vigor em 1997, conta atualmente com a ratificação de 192 países e instituiu metas específicas de redução da emissão de gases de efeito estufa para 36 países industrializados e a União Europeia. Os países em desenvolvimento ficaram de fora dessa obrigação específica; (iii) o *Acordo de Paris*, que entrou em vigor em 2016 e conta com a adesão de 185 países. Diferentemente do Protocolo de Kyoto, em lugar de fixar limites vinculantes de emissão, previu que cada país apresentaria, voluntariamente, sua “contribuição nacionalmente determinada”. O acordo não distingue entre os papéis de países desenvolvidos e em desenvolvimento.

10. Em 2009, o Brasil assumiu o compromisso climático voluntário de, até 2020, reduzir a emissão de GEEs entre 36,1% e 38,9%, em relação às emissões projetadas para o período. Embora o referido documento tenha constituído mera declaração política, sem caráter vinculante, a meta anunciada foi positivada no art. 12 da Lei nº 12.187/2009², diploma que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC)³.

11. Tal previsão foi repetida no art. 19, § 1º, I, do Decreto nº 9.578/2018 e equivalia ao compromisso de redução da taxa anual de desmatamento para um patamar máximo de 3.925 Km² até 2020. Isso porque, no caso do Brasil, a alteração de uso do solo e o desmatamento estão entre as principais atividades responsáveis pela emissão de GEEs. Por ocasião da ratificação e internalização do Acordo de Paris, o Brasil se comprometeu igualmente a

¹ Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade* 12(2), maio 2020.

² Lei nº 12.187/2009, art. 12: “Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020”.

³ Ao regulamentar o dispositivo legal, o art. 6º, § 1º, I, do Decreto nº 7.390/2010 estabeleceu como uma das ações a serem implementadas, com vistas ao atingimento do compromisso legal, “a redução de oitenta por cento dos índices anuais de desmatamento na Amazonia Legal em relação à média verificada entre os anos de 1996 a 2005”.

reduzir a emissão de GEEs em 37%, com relação ao nível de 2005, até o ano de 2025, e em 43% até o ano de 2030⁴.

1.3. GRAVE RETROCESSO EM MATÉRIA AMBIENTAL

12. Entre os anos de 2004 e 2012, o Brasil aperfeiçoou políticas públicas de proteção ao meio ambiente e experimentou considerável êxito na redução do desmatamento. A despeito disso, a partir de 2013, as taxas anuais de desmatamento voltaram a subir progressivamente. Nessa linha, em 2018, o desmatamento foi de 7.536 km², representando um aumento de 65% em relação ao ano de 2012. Portanto, o quadro relacionado ao combate às mudanças climáticas no país, antes do atual governo já era preocupante.

13. Ocorre que, a partir de 2019 (mesmo ano de paralisação do Fundo Clima), o desmatamento sofreu aumento ainda maior em comparação com o ocorrido na década anterior. O índice anual de desmatamento na Amazonia Legal retornou para os patamares de 2006/2007, ampliando-se de forma relevante inclusive em áreas protegidas, como terras indígenas e unidades de conservação. A situação caracteriza um grande retrocesso em um quadro que já era crítico.⁵

14. Nessa linha, em 2019, o desflorestamento por corte raso foi de 10.129 km², um aumento de 34% em relação ao ano anterior, em que o índice já estava alto por conta da tendência de subida havida entre 2013 e 2018. Em 2020, essa taxa foi de 10.851 km², quase três vezes a meta prevista nos Decretos nos 7.309/2010 e 9.578/2018, que deveria ter sido cumprida nesse ano. Em 2021, o desmatamento aumentou mais 22% e alcançou uma área de 13.235 km², a maior em 15 anos, representando aumento de 76% no desmatamento anual em relação a 2018, e de quase 190% em relação a 2012. Para o ano de 2022, a ferramenta de inteligência artificial PrevisIA⁶, prevê desmatamento na Amazonia Legal da ordem de 15.391 km², o que representaria um aumento de 16% em relação a 2021.

15. *Portanto, os resultados objetivamente apurados indicam que o país caminha, em verdade, no sentido contrário aos compromissos assumidos e à mitigação das mudanças climáticas, e que a situação se agravou substancialmente nos últimos anos. Esse é o preocupante e persistente quadro em que se encontra o enfrentamento às mudanças climáticas no Brasil, que coloca em risco a vida, a saúde e a segurança alimentar da sua população, assim como a economia no futuro.*

2. A QUESTÃO AMBIENTAL COMO QUESTÃO CONSTITUCIONAL

(CF, ART. 225)

16. Ao contrário do que alegam a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União, a questão pertinente às mudanças climáticas constitui matéria constitucional. Nessa linha, o art. 225, *caput* e parágrafos, da Constituição estabelece, de forma expressa, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público o poder-dever de defendê-lo, preservá-lo e restaurá-lo, para presentes e futuras gerações. Portanto, a tutela

⁴ O texto da NDC divide as medidas de mitigação das emissões com vistas ao atingimento da meta em determinados setores, entre eles o de florestas e mudanças no uso do solo.

⁵ Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade* 12(2), maio 2020.

⁶ Disponível em: <<https://previsia.org/>>. Acesso em: 27 mar. 2022. Trata-se de ferramenta desenvolvida pela Microsoft, pelo Fundo Vale e pelo Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazonia – Imazon.

ambiental não se insere em juízo político, de conveniência e oportunidade, do Chefe do Executivo. Trata-se de obrigação a cujo cumprimento está vinculado.

17. Na mesma linha, a Constituição reconhece o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faz parte, nos termos do seu art. 5º, § 2º. E não há dúvida de que a matéria ambiental se enquadra na hipótese. Como bem lembrado pela representante do PNUMA no Brasil, durante a audiência pública: “Não existem direitos humanos em um planeta morto ou doente” (p. 171). Tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional. Assim, não há uma opção juridicamente válida no sentido de simplesmente omitir-se no combate as mudanças climáticas.

18. Além disso, os dados objetivos trazidos acima evidenciam uma situação de colapso nas políticas públicas de combate as mudanças climáticas, sem dúvida alguma agravada pela omissão do Executivo atual. Em contextos como esse, o papel das supremas cortes e dos tribunais constitucionais atuar no sentido de impedir o retrocesso. O princípio da vedação do retrocesso e especialmente proeminente quando se cuide de proteção ambiental. E ele é violado quando se diminui o nível de proteção do meio ambiente por meio da inação ou se suprimem políticas públicas relevantes sem a devida substituição por outras igualmente adequadas.

3. AÇÕES E OMISSÕES DA UNIÃO RELACIONADAS AO FUNDO CLIMA

19. No que respeita especificamente ao Fundo Clima, trata-se do principal instrumento federal voltado ao custeio do combate as mudanças climáticas e ao cumprimento das metas de redução de emissão de gases de efeito estufa. De acordo com a Lei no 12.114/2009, que o regulou, ele deve ter seus recursos destinados as atividades indicadas no art. 5º, § 4º, da Lei nº 12.114/2009, a saber:

- I - educação, capacitação, treinamento e mobilização na área de mudanças climáticas;
- II - Ciência do Clima, Análise de Impactos e Vulnerabilidade;
- III - adaptação da sociedade e dos ecossistemas aos impactos das mudanças climáticas;
- IV - projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa - GEE;
- V - projetos de redução de emissões de carbono pelo desmatamento e degradação florestal, com prioridade a áreas naturais ameaçadas de destruição e relevantes para estratégias de conservação da biodiversidade;
- VI - desenvolvimento e difusão de tecnologia para a mitigação de emissões de gases do efeito estufa;
- VII - formulação de políticas públicas para solução dos problemas relacionados a emissão e mitigação de emissões de GEE;
- VIII - pesquisa e criação de sistemas e metodologias de projeto e inventários que contribuam para a redução das emissões líquidas de gases de efeito estufa e para a redução das emissões de desmatamento e alteração de uso do solo;

IX - desenvolvimento de produtos e serviços que contribuam para a dinâmica de conservação ambiental e estabilização da concentração de gases de efeito estufa;

X - apoio as cadeias produtivas sustentáveis;

XI - pagamentos por serviços ambientais as comunidades e aos indivíduos cujas atividades comprovadamente contribuam para a estocagem de carbono, atrelada a outros serviços ambientais;

XII - sistemas agroflorestais que contribuam para redução de desmatamento e absorção de carbono por sumidouros e para geração de renda;

XIII - recuperação de áreas degradadas e restauração florestal, priorizando áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente e as áreas prioritárias para a geração e garantia da qualidade dos serviços ambientais.

20. A Lei no 12.114/2009 estabelece, ainda, que o fundo e gerido por um Comitê Gestor (art. 4º) e que tais recursos são aplicáveis por meio de: (i) apoio financeiro *reembolsável*, mediante concessão de empréstimo, por intermédio do agente operador, no caso, o BNDES (art. 5º, I, c/c o art. 7º); e/ou (ii) apoio financeiro, *não reembolsável*, referente a projetos de mitigação da mudança do clima, aprovados pelo Comitê Gestor, conforme diretrizes previamente estabelecidas pelo Comitê.

21. Ocorre que, a despeito da sua importância, e como relatado na inicial, o *Fundo Clima realmente permaneceu inoperante durante todo o ano de 2019 e parte do ano de 2020*. Segundo “Avaliação da Política Nacional sobre Mudança do Clima”, da Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal, tal inoperância se deveu a falta de nomeação do Comitê Gestor do Fundo *porque o Executivo pretendia, antes de dar destinação aos recursos, alterar a sua composição*. Segundo o mesmo documento: a “nova composição do Comitê privilegia a representação e a participação do setor privado *em detrimento da participação da sociedade civil organizada*, ao contrário da antiga composição”.

22. A providência não é estranha ao Supremo Tribunal Federal e se insere no mesmo contexto de extinção e/ou alteração de múltiplos órgãos colegiados da Administração Pública, por meio das quais se pretendeu suprimir ou reduzir a participação da sociedade civil e de *experts* em tais órgãos e assegurar o controle do governo sobre as decisões e as informações pertinentes ao setor. De modo geral, tais medidas foram declaradas inconstitucionais por essa Corte, tendo-se assinalado que geravam risco de captura de tais órgãos e violavam o direito a participação da cidadania e das organizações da sociedade civil em temas de relevante interesse público. Entendeu-se, ainda, que as mudanças comprometiam o dever de transparência e *accountability* da Administração Pública e de representantes eleitos e, por conseguinte, o próprio princípio democrático. Precedentes: ADI 6121, Rel. Min. Marco Aurelio (referente a extinção de múltiplos órgãos colegiados da Administração federal); ADPF 622, Rel. Min. Luis Roberto Barroso (pertinente ao Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA); ADPF 623-MC, Rel. Mina. Rosa Weber, monocrática (relacionada ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel. Mina. Carmen Lucia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente).

23. De fato, o Decreto no 10.143, de 28.11.2019, alterou as regras de composição do Fundo Clima. E a Portaria MMA no 113, de 16.03.2020, do Ministério do Meio Ambiente, nomeou os novos integrantes do Conselho. Constata-se, portanto, que *o Fundo esteve inoperante, por decisão deliberada da União em mantê-lo inoperante*.

24. A alegação, invocada pelo então Ministro do Meio Ambiente, de que o não funcionamento ocorreu porque se esperava o novo marco normativo de saneamento não procede. Em primeiro lugar, os recursos do Fundo não se destinam a saneamento nem exclusivamente, nem majoritariamente, como se infere do dispositivo transcrito acima (art. 5º, § 4º, da Lei nº 12.114/2009). Existem outras muitas atividades as quais seus recursos poderiam ser destinados, que inclusive emitem mais GEEs do que a atividade de saneamento e, portanto, seriam mais efetivas na mitigação das mudanças climáticas. *Além disso, o PAAR de 2020 e 2021, posteriormente aprovado, não se limitou à alocação dos recursos paralisados para saneamento, direcionando-os a todas as linhas disponíveis para financiamento no BNDES, o que demonstra que a mora anterior não decorreu da espera pela aprovação do marco do saneamento.* Veja-se a redação do PAAR:

Diretrizes Bienais e Prioridades

Os espaços urbanos brasileiros têm demandado políticas públicas na área ambiental. Ao longo dos anos, o investimento público insuficiente em saneamento, melhoria da qualidade do ar, gestão de resíduos sólidos, entre outros temas, tem gerado passivos ambientais locais com elevado custo a sustentabilidade do meio ambiente, afetando até mesmo a saúde das famílias mais vulneráveis. O direcionamento dos recursos para o atendimento dessa necessidade tem repercussão positiva na população em geral, inclusive em sua relação com a cidade e o meio ambiente.

Prioridades para Aplicação

As áreas prioritárias para investimento dos recursos do FNMC são todas as aplicações voltadas a melhoria da qualidade de vida da população, com ênfase para a qualidade ambiental urbana em todo o Brasil, relacionadas em alguma medida com a mitigação da mudança do clima e a adaptação aos seus efeitos.

- *Recursos não reembolsáveis:* as temáticas e as regiões prioritárias de aplicação serão determinadas no âmbito da escolha dos projetos apresentados pelo MMA para aprovação do Comitê Gestor, *com ênfase para a agenda de qualidade ambiental urbana, inclusive a gestão de resíduos sólidos e o encerramento de lixões.*

- *Recursos reembolsáveis:* são elegíveis para financiamento todas as linhas do Fundo Clima existentes no BNDES, a saber: mobilidade urbana, cidades sustentáveis e mudança do clima, máquinas e equipamentos eficientes, energias renováveis, resíduos sólidos, carvão vegetal, florestas nativas, gestão e serviços de carbono, além de projetos inovadores em todos os subprogramas. (Grifou-se)

25. O que fica evidente, a partir da análise dos autos, e que a alocação dos recursos se deu às pressas, após a propositura da ação e possivelmente em razão dela. 26. Segundo informações apresentadas nos autos, os recursos reembolsáveis foram todos destinados pelo PAAR de 2020 e 2021 ao BNDES, e direcionados prioritariamente ao meio ambiente urbano (e não para o combate ao desmatamento e alteração do uso do solo no meio rural). Quanto aos recursos não reembolsáveis, foram integralmente alocados a projeto de destinação de resíduos sólidos do governo de Rondônia – projeto Lixão Zero. Ainda de acordo com informações do Ministério do Meio Ambiente, ficou retida a importância de “R\$ 212.772 que estavam bloqueados pelo Ministério da Economia, em função do atendimento das metas fiscais”.

4. DEVER DE DESTINAÇÃO DOS RECURSOS POR PARTE DA UNIÃO

(CF, ARTS. 2º E 225, C/C O ART. 9º, § 2º, DA LRF)

27. O contexto narrado acima, a gravidade da situação ambiental brasileira, a aversão a temática reiteradamente manifestada pela União, o histórico de desestruturação de órgãos colegiados integrantes da Administração Pública e de não alocação de recursos para a proteção ambiental corroboram, ainda, a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal atenda ao pedido dos requerentes de determinação de que o Executivo tem o dever – e não a livre escolha – de dar funcionamento ao Fundo Clima e de alocar seus recursos para seus fins. Nesse sentido, e procedente o pedido de que deixe de se omitir em tal operacionalização nos exercícios subsequentes.

28. E igualmente procedente o pedido de vedação ao contingenciamento dos recursos do Fundo. Isso porque as obrigações legais de destinação específica de recursos de fundos contam com a apreciação e deliberação não apenas do Executivo, mas igualmente do Legislativo. Trata-se, portanto, de escolha alocativa produzida com base em ato complexo, que se sujeita ao princípio da separação dos Poderes. O Executivo não pode simplesmente ignorar as destinações determinadas pelo Legislativo, a seu livre critério, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º). Em razão da particularidade de tais despesas com destinação específica, o art. 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) previu: “*Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente*”.

29. Na mesma linha, a doutrina observa que a Lei de Responsabilidade Fiscal foi aprovada, entre outros objetivos, com o propósito de limitar a discricionariedade do Executivo no contingenciamento de valores, a fim de assegurar o efetivo cumprimento de despesas obrigatórias. Confira-se:

A LRF e a LDO especificam quais as despesas de caráter obrigatório e por isso mesmo prioritárias. Considerando que a LDO tem origem em uma proposta do Executivo e é obrigatoriamente examinada e aprovada pelo Congresso Nacional, integrado por representantes do povo, legitimamente eleitos, não há como questionar a classificação das despesas quanto à prioridade de sua realização, pois tais prioridades devem refletir o interesse maior do povo brasileiro, o interesse público. (Rubens Luiz Murga da Silva, Da despesa na Administração Pública Federal, R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 69- 78, jul./set 2004, grifou-se).

30. Essa é justamente a hipótese dos autos. A alocação de recursos do Fundo Clima concretiza o dever constitucional de tutela e restauração do meio ambiente (e dos direitos fundamentais que lhes são interdependentes). Suas receitas são vinculadas por lei a determinadas atividades. Por essa razão, tais recursos não podem ser contingenciados, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Trata-se, inclusive, de entendimento com amparo em precedente do Pleno deste Tribunal, proferido nos autos da ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurelio, em que se concluiu pela impossibilidade de contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com base nos mesmos argumentos. Confira-se o voto do relator quanto ao ponto:

Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentaria, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. *Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais problemática tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97- 98).*

Os valores não utilizados deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere. *No mais, é de todo duvidosa a possibilidade de limitar despesas dessa natureza ante o disposto no § 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000:*

Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...]

§ 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

A cabeça do dispositivo trata da situação em que o Governo deixa de executar, parcialmente, o orçamento, vindo a contingenciar os valores ordenados a despesas, *ao passo que, no § 2º, consta exceção consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais. Tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento: atendimento de passivos contingentes e outros*

riscos e eventos fiscais imprevistos (artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101, de 2000).

(ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurelio, grifou-se)

31. A situação dos autos é idêntica àquela apreciada no precedente. O contingenciamento, no presente caso, atingiria área – combate as mudanças climáticas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado é manifestamente insatisfatória e, mais do que isso, encontra-se em franco retrocesso. Os recursos cujo contingenciamento se pretende vedar no presente caso pertencem ao Fundo Clima (assim como aqueles objeto da ADPF 347 pertenciam ao FUNPEN) e tem destinação legal específica, que por sua vez concretiza direitos fundamentais. Não há dúvida, portanto, quanto a impossibilidade de contingenciamento dos recursos em questão.

5. A TÍTULO DE *OBITER DICTUM*

DESTINAÇÃO SUBÓTIMA DE RECURSOS E PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE

32. Uma última palavra merece ser dita acerca das alegações dos requerentes e dos *amici curiae* sobre as decisões alocativas do Comitê Gestor do Fundo Clima. A presente ação foi ajuizada para que se superasse a omissão no funcionamento do Fundo e para que seus recursos fossem aplicados. O Fundo retomou seu funcionamento e seus recursos foram aplicados em atividades compatíveis com as normas em vigor. Os pedidos remanescentes, de não omissão e não contingenciamento estão sendo igualmente atendidos. Com isso, esgotasse o objeto da presente ação, nos termos em que proposta.

33. Entretanto, no curso dela os requerentes alegaram, ainda, que os recursos posteriormente alocados foram destinados preferencialmente ao atendimento ao meio ambiente urbano, quando e de conhecimento geral que parte relevante das emissões de GEEs do país decorre do desmatamento e da alteração do uso do solo corrente no meio rural, que deixaram de ser atendidas. Trata-se, portanto, de alegação de possível alocação *subótima* dos recursos do Fundo, que sacrificaria recursos escassos em situação de grave crise climática. Entendo que a questão escapa aos limites da ação, tal como originalmente formulada. Teco, contudo, algumas considerações sobre o tema a título de *obiter dicta*.

34. Conforme jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal deve, em princípio, ser deferente às escolhas alocativas efetuadas pelos representantes eleitos em matéria de políticas públicas, dado que elas implicam decisões difíceis sobre como alocar recursos escassos, insuficientes ao atendimento de demandas concorrentes igualmente relevantes. Caso, todavia, se constate que tais escolhas estão evadas por vícios de desvio de finalidade, não verossimilhança dos motivos que as determinaram ou violação da proporcionalidade, implicando grave prejuízo ao núcleo essencial de direitos fundamentais, pode e deve o Tribunal exercer o controle sobre tais atos alocativos. Isso porque, em tal caso, se trata de controle de legalidade e não do mérito ou conveniência política de tais atos.

35. Portanto, embora tal controle escape aos limites da presente ação, a persistência no não enfrentamento de fontes importantes de GEEs – tais como o desmatamento e as alterações de uso do solo – ao longo do tempo, e a consequente frustração da mitigação

das alterações climáticas, pode ensejar a atuação futura do Judiciário no tema, de modo a assegurar que os recursos cumpram os fins a que foram destinados pela norma e/ou a evitar a violação do princípio da proporcionalidade por vedação a proteção deficiente.

III. CONCLUSÃO

36. Por tais fundamentos, em respeito ao direito constitucional ao meio ambiente saudável (CF, art. 225), ao dever do país de cumprir com direitos e compromissos assumidos internacionalmente (CF, art. 5º, § 2º), bem como em observância ao princípio da separação dos Poderes, que rege as “despesas que constituam obrigações constitucionais e legais” (CF, art. 2º c/c art. 9º, § 2º, LC 101/2000), julgo procedente a ação para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar a União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo.

37. Firmo a seguinte tese: *O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, par. 2º, LRF).*

É como voto.

04/07/2022

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 / DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI

REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): RAFAEL ECHEVERRIA LOPES

INTDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: OBSERVATÓRIO DO CLIMA

ADV.(A/S): PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO

ADV.(A/S): RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTÓDIO

ADV.(A/S): FERNANDO NABAIS DA FURRIELA

AM. CURIAE.: INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S): THAÍS NASCIMENTO DANTAS

ADV.(A/S): PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS

ADV.(A/S): MARCELO PELEGRINI BARBOSA

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): JULIA MELLO NEIVA

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

**AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
MEIO AMBIENTE - ABRAMPA**

ADV.(A/S): VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Gostaria, inicialmente, de agradecer às
brilhantes sustentações orais feitas pelos Drs. André Maimoni, Felipe Correa, Miguel Novaes

e Rafael Lopes, assim como pelas sustentações, não menos excelentes, realizadas pelas Dras. Ângela Moura Barbarulo, Jucelaine Angelim Barbosa e Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo.

Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso.

A EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E A URGÊNCIA DE MEDIDAS DE MITIGAÇÃO

Na encíclica papal *Laudato Si'*, de 18.06.2015, o Papa Francisco afirma que: *“as reflexões teológicas ou filosóficas sobre a situação da humanidade e do mundo podem soar como uma mensagem repetida e vazia, se não forem apresentadas novamente a partir dum confronto com o contexto actual no que este tem de inédito para a história da humanidade.”*

É missão de todos os terrestres, para usar a expressão do filósofo francês Bruno Latour, impedir que a questão ambiental e a urgência de medidas para mitigá-la se tornem mensagens repetidas e vazias.

O recentíssimo relatório (*Sixth Assessment Report - AR6*, na sigla em inglês) do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) da Organização das Nações Unidas, publicado em 04 de abril de 2022, está repleto de dados que não nos permitem fechar os olhos.

O extenso documento de quase 3 mil páginas, assinado por 278 especialistas do mundo todo, enfoca a questão da *mitigação*: o que pode ser feito para reduzir as emissões de carbono e diminuir o ritmo de aquecimento do planeta.

Este relatório soma-se ao publicado pelo IPCC em 28 de fevereiro de 2022, *“Mudanças Climáticas 2022: Impactos, Adaptação e Vulnerabilidade”*, que tem por vértice a *adaptação*, ou seja, os esforços para viver a realidade da mudança climática.

O AR6 aponta caminhos de esperança. Os caminhos e a tecnologia para transformar a matriz energética e desacelerar o ritmo do aquecimento existem. É preciso, contudo, compromisso dos líderes para colocar em práticas as soluções que já existem, ou não haverá tempo hábil para impedir os cenários mais sombrios.

A respeito da Amazônia, o AR6 evidencia que o desmatamento, que vinha declinando desde 2010, voltou a crescer rapidamente nos 4 últimos anos.

No documento, o IPCC aponta que a polarização política que leva à erosão da governança ambiental e à representação reduzida da sociedade civil nas instituições são barreiras para impedir o desmatamento e as políticas públicas de desenvolvimento sustentável.

Não se trata de opinião ou ideologia, mas de evidências científicas.

A necessidade, portanto, de ações para lidar com os riscos trazidos pelas mudanças climáticas é urgente.

Os dados demonstram que metade da população mundial é muito vulnerável a esses impactos cruéis e cada vez mais intensos das emergências climáticas: secas, queimadas, tempestades, inundações, insegurança alimentar, doenças, migrações, destruição de cidades.

A temperatura do planeta aumentou, em média, 1,1° C desde a era pré-industrial. No Acordo de Paris, em 2015, fixou-se a meta de limite do aquecimento até 2° C, com esforços para mantê-lo em 1,5°C.

Embora estes números pareçam denotar mudanças pequenas ou suaves, não é assim que devem ser compreendidos.

A alteração de 1 ou 2 graus Celsius na *média* da temperatura do planeta indica mudanças enormes, *devastadoras* nos extremos.

O polo norte está aquecendo em velocidade mais rápida do que o resto do mundo – o dobro ou o triplo, segundo dados do IPCC. Os polos, como se sabe, cumprem missão de altíssima relevância no equilíbrio térmico e ecológico do planeta. Derretimento das geleiras, elevação do nível dos oceanos, acidificação das águas, riscos à biodiversidade, são inúmeros os danos envolvidos.

A questão é muito dramática. O derretimento dos polos leva à diminuição da capacidade do planeta de refletir a luz solar. A quantidade de luz que o planeta devolve ao espaço é uma das forças motrizes do clima. O poder de reflexão de uma superfície é conhecido como albedo. O albedo do polo norte está diminuindo rapidamente, o que significa que o planeta terá mais calor do sol para absorver, aumentando ainda mais a temperatura.

A diminuição do albedo do Ártico, a elevação do nível do oceano que ameaça com desaparecimento os 12 mil habitantes da nação do Oceano Pacífico Tuvalu, a savanização da Amazônia, a morte da geleira Ok (Okjökull, em Islandês) e a lápide correspondente, na qual se inscreveu que a humanidade *sabe* o que está acontecendo e o que *precisa* fazer para impedir.

Embora todos esses fatos sejam assombrosos e nos lancem no mais absoluto desconforto, ao menos daqueles que se preocupam com as presentes e futuras gerações, não me parece, para a tarefa que temos aqui, enquanto juízes desta Corte, útil pinçar dados.

Em verdade, para este julgamento basta reconhecer, sem eufemismos ou evasivas, que estamos diante de uma emergência climática.

Reconhecer a gravidade e a latitude da emergência climática é premissa de todos os terrestres. Este reconhecimento está embasado no melhor conhecimento científico disponível.

Com efeito, em estudo publicado em 5.11.2019, na revista BioScience, 11.258 cientistas de 153 países alertam que o planeta enfrenta uma emergência climática *inequívoca* e apontam objetivos amplos de políticas públicas a serem atingidos para enfrentá-la.

A questão climática é a questão de nosso tempo. É a pergunta interrogante que nos lança o destino e as respostas que nós pudermos formular decidirão qual futuro terá a humanidade – ou se haverá algum futuro. Não há outra pauta, não há outro problema, não há outra questão. A emergência climática é a antessala de todas as outras.

A RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL DE PROTEGER O MEIO AMBIENTE PARA AS GERAÇÕES FUTURAS

Assentadas essas premissas, que considero essenciais, sobre a dimensão da emergência climática, quero, antes de passar ao voto propriamente dito, tecer algumas considerações sobre a compreensão do art. 225 neste cenário.

Reproduzo o teor do *caput* do dispositivo constitucional:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Por ocasião do julgamento das ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937, de Relatoria do e. Min. Luiz Fux, tive oportunidade de constar que a melhor interpretação a ser conferida ao art.

225 da CRFB é aquela que identifica o direito ao meio ambiente como verdadeiro direito fundamental, a fazer atrair, por exemplo, o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB.

Deve-se sublinhar, contudo, que há uma especificidade da tutela ambiental que não a equaciona exclusivamente com o indivíduo singularmente considerado.

Afinal, como fiz constar naquele julgamento, é precisamente a tutela ambiental que dá especificidade a esse direito fundamental.

Isso porque o dano ambiental é, por natureza, distinto daquele classicamente definido nos termos da legislação civil.

Se reconhecemos que o dano ambiental tem, a rigor, causas múltiplas, como aquelas arroladas na Agenda 21 – desastres naturais, atividades econômicas pesadas, poluição atmosférica, contaminação por produtos químicos, utilização intensiva de recursos naturais, entre outras – é imperioso repisar que a ação humana é hoje cientificamente reconhecida como a responsável pelo aumento da temperatura do planeta e que tal aumento se deve, em grande parte, às emissões de carbono resultantes da queima de combustíveis fósseis.

Reconhecer a atividade humana como causadora de danos ambientais tem importantes consequências jurídicas. Ao reconhecer o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental das presentes e futuras gerações, o legislador constituinte conclamou os Poderes Públicos e a coletividade a cumprirem o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Esse dever de defesa e de proteção logicamente também se estende à necessária proteção em face das ações humanas que degradam o planeta.

Não existe possibilidade de interpretação do art. 225, CRFB, que autorize os Poderes Público – Legislativo, Executivo, Judiciário – a ignorarem este dever.

Não se trata de argumentar que as escolhas políticas podem ser feitas nestas políticas públicas pelo Legislativo ou pelo Executivo e que seriam escolhas de discricionariedade técnica. Não há falar em separação de poderes quando políticas públicas são usadas para esvaziar a proteção ambiental, quando o legislador constituinte determinou aos Poderes Públicos, à coletividade – aos terrestres – a proteção ambiental.

Os registros de desmatamento ambiental, a ausência de proteção às terras indígenas e o esvaziamento da fiscalização ambiental evidenciam a relevância e a importância do papel do Poder Judiciário nesta questão.

A dimensão da tragédia que nos bate à porta demanda providências urgentes. Não é possível fechar os olhos a esta realidade.

Não se trata de uma tendência isolada ou de uma novidade. A litigância ambiental é uma realidade em todo o mundo.

Em recente decisão, a Suprema Corte Canadense decidiu pela possibilidade de imposição de taxas sobre emissões de carbono pelo poder central mesmo com oposição das províncias, em histórico precedente.

Na Alemanha, em precedente igualmente histórico, a Suprema Corte entendeu que as medidas aplicadas pelo governo na crise climática são insuficientes e demandam aperfeiçoamento. Trata-se do Caso Neubauer e Outros v. Alemanha, julgado em 2021.

O Tribunal Constitucional Federal daquele país reconheceu, como se depreende de lição de Ingo Wolfgang Sarlet, Gabriel Wedy e Tiago Fensterseifer, a violação aos “deveres estatais de proteção ambiental e climática” no âmbito da Lei Federal sobre Proteção Climática

(2019), a qual teria distribuído de modo desproporcional – entre as gerações presentes e as gerações mais jovens e futuras – o ônus derivado das restrições a direitos fundamentais – em especial ao direito à liberdade – decorrentes da regulamentação das emissões de gases do efeito estufa.

O Tribunal reconheceu que o direito fundamental à liberdade possui uma dimensão *inter* ou transgeracional, a qual deve ser protegida pelo Estado e se expressa por meio de “garantias intertemporais de liberdade” (*intertemporale Freiheitssicherung*).

Podemos, também, mencionar a OC 23/2017, em que a Corte Interamericana conferiu novo status e autonomia ao direito humano ao meio ambiente. Naquele caso, cuja opinião foi solicitada pela República da Colômbia, a Corte IDH decidiu que os Estados têm obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seus territórios.

Este entendimento que foi reiterado em precedente mais recente, no Caso *Tierra Nuestra vs. Argentina* (2020), no qual a Argentina foi condenada pelas violações aos direitos de comunidades indígenas da província de Salta.

Consectário lógico das ações previstas de forma a viabilizar a tutela ambiental é o fato de que a ciência tem papel fundamental: a alocação dos riscos depende do basilar consenso científico.

Esta compreensão foi também reiterada pelo STF quando do julgamento da ADI 6241, Rel. Min. Roberto Barroso, em 21.05.2020. Naquela ocasião, a Corte assentou as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, *ao meio ambiente equilibrado* ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e *critérios científicos e técnicos* aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Ainda que o contexto de julgamento da ADI 6241 tenha sido distinto, ou seja, debatia-se a responsabilidade civil dos agentes públicos diante da emergência de saúde pública provocada pela pandemia de Covid-19, verifica-se que o entendimento acerca da necessidade de os agentes públicos embasarem suas decisões em critérios técnicos e científicos também se aplica aos atos administrativos que provocam consequências ambientais.

Ademais, ganham relevo os princípios da precaução e da prevenção, normativamente previsto na Declaração do Rio em 92, segundo o qual “*quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental*”.

Registre-se, neste ponto, que, consoante a jurisprudência desta Corte, “o Estado Brasileiro ratificou sua adesão ao Princípio da Precaução, ao assinar a Declaração do Rio” (RE 835.558, Rel. Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 07.08.2017).

Ademais, a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a efetivação de outros direitos humanos, bem como o impacto da degradação ambiental e dos efeitos adversos das mudanças climáticas na fruição de direitos humanos já foram reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, sentença de 3 de abril de 2009.

Como se pode haurir da experiência internacional, também o Poder Judiciário deve responder à emergência climática. É uma questão crucial, diante da qual todas as outras perdem importância, porque sem mitigar os danos ambientais produto do aquecimento global provocado pela emissão de combustíveis fósseis, não há possibilidade de vida humana no planeta.

O respeito aos deveres estatais de proteção climática é imperioso. Não há discricionariedade administrativa que permita políticas públicas ou programas de governo que ignorem tais deveres, os quais derivam diretamente do texto constitucional.

É esta compreensão que ilumina a interpretação a ser conferida por esta Corte quanto aos dispositivos questionados nas ações em julgamento.

A IMPORTÂNCIA DO FUNCIONAMENTO DO FUNDO DO CLIMA

Apenas para rememorar, a presente arguição, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, pelo Partido Socialismo e Liberdade, pelo Partido dos Trabalhadores e pela Rede Sustentabilidade, objetiva que este Tribunal determine que a União adote medidas necessárias para reativar o funcionamento do Fundo Clima com todos os recursos autorizados pela lei orçamentária e que a União apresente em trinta dias Plano de Aplicação dos Recursos do Fundo do Clima para o ano de 2020. Além disso, requerem que esses recursos não sejam contingenciados.

O argumento central trazido pelos partidos é o de que a União não teria adotado medidas de mitigação às mudanças climáticas e que tal comportamento representa ofensa à proteção constitucional do meio ambiente e aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

Estou de acordo com as conclusões trazidas pelo e. Ministro Roberto Barroso. De fato, os documentos juntados aos autos dão conta de sistemáticas omissões que indicam a falta de alocação de recursos para um Fundo que é instrumento essencial na política de combate às mudanças climáticas. Mais do que isso: como bem apontou o Relator, “os resultados objetivamente apurados indicam que o país caminha, em verdade, no sentido contrário aos compromissos assumidos e à mitigação das mudanças climáticas, e que a situação se agravou substancialmente nos últimos anos”. Por isso, tem razão Sua Excelência o e. Min. Roberto Barroso ao determinar que a União se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar os competentes recursos para que desempenhe sua função, assim como em vedar o contingenciamento das receitas que o integram.

Sem embargo, tendo em vista a natureza estrutural desta arguição e a constatação evidenciada também na relevantíssima audiência pública convocada pelo Relator, tenho ser necessário que se adotem outras determinações, de modo a permitir que o emprego dos recursos esteja alinhado às diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima e aos demais instrumentos elencados pela Lei 12.187, de 2009.

Em particular, tenho assistir razão jurídica aos requerentes quando também pleiteiam que a União publique relatório estatístico trimestral elaborado pelo IBGE/MCTI que evidencie o percentual de gastos do Fundo Clima nos cinco segmentos (energia, indústria, agropecuária, LULUCF e resíduos), isto é, os mesmos segmentos adotados pelo Inventário Nacional, instrumento da Política Nacional; e que formule com periodicidade razoável o Inventário Nacional de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa, com obrigatória segmentação

por Estados e Municípios, dando ampla publicidade aos dados e estatísticas consolidados no documento.

Consabido, os inventários são instrumentos utilizados pelo Painel de Mudanças Climáticas das Nações Unidas para contabilizar as emissões de gases. Eles são utilizados para acompanhar e monitorar as tendências de emissão e sem eles é praticamente impossível desenvolver estratégias adequadas de mitigação. Em consulta ao site do Painel de Mudanças Climáticas, que, por decisão da Conferência dos Estados Parte, publica os inventários nacionais a cada ano, não se verifica que o Estado brasileiro tenha submetido essas informações. Ou seja, a ordem, necessária, de liberação de recursos para o Fundo Clima corre o risco de se tornar ineficaz, por não haver instrumentos que permitam acompanhar a efetividade das medidas tomadas.

Ante o exposto, acompanho o e. Relator para (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo. Peço vênha a Sua Excelência para, acolhendo o pedido veiculado pelos requerentes, também determinar (iv) que a União publique relatório estatístico trimestral elaborado pelo IBGE/MCTI que evidencie o percentual de gastos do Fundo Clima nos cinco segmentos (energia, indústria, agropecuária, LULUCF e resíduos); e (v) que a União formule com periodicidade razoável o Inventário Nacional de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa, com obrigatória segmentação por Estados e Municípios, dando ampla publicidade aos dados e estatísticas consolidados no documento.

É como voto.

04/07/2022

PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI

REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): RAFAEL ECHEVERRIA LOPES

INTDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: OBSERVATÓRIO DO CLIMA

ADV.(A/S): PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO

ADV.(A/S): RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTÓDIO

ADV.(A/S): FERNANDO NABAIS DA FURRIELA

AM. CURIAE.: INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S): THAÍS NASCIMENTO DANTAS

ADV.(A/S): PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS

ADV.(A/S): MARCELO PELEGRINI BARBOSA

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO

ADV.(A/S): JULIA MELLO NEIVA

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS

ADV.(A/S): GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE - ABRAMPA

ADV.(A/S): VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-Sol), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Rede Sustentabilidade.

Em síntese, os requerentes alegam omissão da União no emprego dos recursos do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC) – chamado “Fundo Clima” –, idealizado pela Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009, para financiar, direta ou indiretamente, ações de combate às mudanças climáticas.

Afirmam que a falta de destinação dos valores disponíveis no Fundo Clima a projetos e iniciativas aderentes a suas finalidades revelaria violação a preceito fundamental da Constituição de 1988, como o dever de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225).

O ministro Roberto Barroso, em seu voto, julga procedente a ação para: “(i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo”.

Ao fim, Sua Excelência propõe a seguinte tese: “O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF)”.

É o relato do essencial. Adoto, no mais, o relatório do ministro Roberto Barroso.

Com as devidas vênias do eminente Relator, divirjo de Sua Excelência para julgar o pedido improcedente.

Saúdo o Ministro Relator pelo bem-lançado voto, que veicula preocupações quanto à preservação do meio ambiente das quais compartilho.

A adequada e efetiva proteção ao meio ambiente – inseridas, aqui, as mudanças climáticas – deve ser uma constante no Brasil como também em todos os outros países, em esforço conjunto que ao mesmo tempo observe a universalidade do desafio e a soberania de cada um para enfrentá-lo de diferentes maneiras.

Nesse quadro, interessa observar que, em nosso país, vige a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), política pública abrangente que tem por objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, desde a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Antes da Constituição de 1988, portanto, já figuravam como princípios reitores da PNMA a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, o planejamento e a fiscalização do uso de recursos ambientais, considerando-se o meio ambiente um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido.

A Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, e o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, criado pela Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009, são dois instrumentos, entre centenas de mecanismos, estratégias, iniciativas e estruturas sob gerenciamento do Ministério do Meio Ambiente.

Tenho, assim, que a proteção ao meio ambiente é algo tão importante que o Governo Federal a adotou como prioritária. Para tanto, organizou ação conjunta, integrada e sistêmica

pelos Ministérios, entre vários outros, do Meio Ambiente; da Justiça e Segurança Pública; da Ciência, Tecnologia e Inovações; da Defesa; da Educação; e das Relações Exteriores.

Como ponderado pelo ministro Marcos Pontes nas audiências públicas realizadas nestes autos, há uma intensa atuação voltada à preservação do meio ambiente, que inclui até mesmo o lançamento do novo satélite Amazônia para coleta de dados nesse aspecto. Ainda, houve reestruturação do Inpe, com sinergia das equipes e projetos estratégicos, entre os quais um vasto programa de monitoramento da Amazônia e demais biomas, BIG (Base de Informações Georreferenciadas) e Adapta Brasil (sistema de informações e análises sobre os impactos das mudanças climáticas).

Bem por isso, com as mais respeitosas vênias ao ministro Edson Fachin, não vejo como acolher os demais pedidos formulados pela parte autora em memoriais, pois, além de não constarem da inicial, não estão previstos nas leis respectivas. Mesmo que estivessem, considerando a ação integrada entre os Ministérios, tem-se, sem dúvida, constante e vasta coleta de dados, os quais poderão ser acessados de forma transparente e responsável pelos interessados.

Ainda, esse conjunto de ações diz respeito à preservação ambiental, à fiscalização em áreas ecologicamente sensíveis, à defesa da integridade de unidades federais de conservação, à promoção de educação ambiental e conscientização pública sobre a preservação do ambiente, à criação de novas tecnologias que permitam a transição para uma economia mais neutra em emissões de poluentes e, mesmo, ao financiamento internacional cooperativo a ações de combate ao desmatamento, à biopirataria e às mudanças climáticas.

É interessante registrar, a partir desse quadro, que essa é uma preocupação transversal, por isso a fórmula do art. 225 da Constituição, a impor ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente, olhos postos nas presentes e futuras gerações. Como incumbe, de maneira especial, à Administração Pública assegurar a efetividade desse poder-dever, o planejamento de ações públicas nessa área pode prever mais – ou menos – iniciativas de transferência de recursos financeiros a particulares ou a projetos privados de execução da PNMA.

Como visto, portanto, o Fundo Clima, conquanto seja medida importante, não é a única e exclusiva que pode ser adotada pelo Governo. É dizer, a política pública de proteção do meio ambiente, haja vista sua enorme relevância, tem sido encampada pelo próprio Executivo, de forma direta.

Por exemplo, o monitoramento por satélite para prevenção de desmatamentos ilegais ou queimadas foi apontado como medida salutar, graças à ação conjunta dos Ministérios do Meio Ambiente e da Ciência, Tecnologia e Inovação. Isso afasta, a meu sentir, a alegada omissão da Administração Pública na política pública de proteção ao meio ambiente. Ao contrário, a atuação direta por meio dos Ministérios mais revela a preocupação do Governo Federal com tais questões.

É claro que não se descarta da relevância do Fundo Clima e do papel das ONGs, que podem atuar de forma complementar à Administração Pública, em todas as esferas – federal, estadual e municipal –, mas jamais se substituir à necessária atuação dela própria, Administração Pública.

O Fundo Clima, então, integra uma rede de apoio, como revela o art. 5º da Lei n. 12.114, e institucionaliza a aplicação de recursos públicos em “apoios financeiros reembolsáveis”, mediante concessões de empréstimo, por intermédio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – ou de outros agentes financeiros por ele habilitados –, e em “apoios financeiros não reembolsáveis”, isto é, projetos relativos à mitigação da mudança

do clima ou à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos, aprovados pelo Comitê Gestor do FNMC.

Em outras palavras, é um mecanismo de apoio que busca envolver outros atores sociais, nomeadamente o setor privado e as organizações não governamentais (ONGs), a colaborarem com a governança no tema e nos problemas ambientais.

A circunstância de o poder público escolher, em determinados períodos, outros referenciais de gastos, caminhando para um modelo de responsabilidade ligado à capacidade de ministérios, agências, autarquias, empresas ou fundações públicas, por exemplo, é, sem sombra de dúvidas, cumprir com o princípio da eficiência, prevista no art. 37, *caput*, Constituição Federal.

A complementaridade entre os múltiplos envolvidos – do Estado ao setor produtivo, passando pelos movimentos sociais e pela sociedade civil organizada – é um ideal, mas, nesta quadra histórica, a meu sentir, ainda não se poderia avançar a ponto de afirmar a inconstitucionalidade de qualquer modelo menos participado.

Na medida em que o poder público gasta, diretamente, os recursos financeiros, com *accountability* (responsabilização, transparência e prestação de contas), pautado na legalidade, na efetividade e na prudência, afasta-se a alegada omissão no cumprimento das políticas ambientais, ainda que eventualmente atenuados os modelos colaborativos, de entrega de recursos a particulares, com ou sem empréstimo.

E, assim, na medida em que o Fundo Clima destina verbas públicas para projetos a serem levados a cabo por organizações não governamentais, surge também a necessidade de transparência na gestão e uso de tais verbas.

A questão do contingenciamento de repasses ao BNDES à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal é matéria relevante.

Nesse sentido, aliás, com relação ao contingenciamento dos recursos, observo que essa questão não é, em princípio, de competência nem está sob a discricionariedade do Ministério do Meio Ambiente, embora seja de interesse da Pasta que todas as disponibilidades orçamentárias possam ser empregadas na plenitude. Eventual vedação a futuros bloqueios poderia até ser considerada bem-vinda pela área finalística, em que pese talvez configure certa arbitrariedade indevida perante a área econômica federal.

Aliás, lembro que, de acordo com as informações do Ministério do Meio Ambiente, houve contingenciamento de repasses ao BNDES no período de 2013 a 2016, inexistindo qualquer execução orçamentária com o código de ação 00J4, que traduz “Financiamento Reembolsável de Projetos para Mitigação e Adaptação à mudança do Clima”, mas isso não representou, exclusivamente e por si, embaraço aos avanços das políticas ambientais. Ainda não foram observados bloqueios relevantes nos orçamentos de 2019 e 2020, assim como em 2018, mas é oportuno anotar que a ação 00J4 teve execução zero nos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, não havendo qualquer repasse ao BNDES nesse período, em razão de contingenciamentos.

Portanto, de qualquer forma, na linha do que sustentou o ministro Roberto Barroso, tenho que também tais contingenciamentos devem, caso a posição de Sua Excelência prevaleça, ser objeto adequado de apuração e controle.

Em tempo, cumpre apontar que a necessidade de transparência no uso de verbas públicas por organizações não governamentais é de tamanha relevância que despertou a atenção do Parlamento. Conforme notícia no portal eletrônico do Senado Federal, há, desde 2019,

pedido de instalação da CPI das ONGs da Amazônia, algumas das quais com suspeita de graves irregularidades. O pedido foi formulado pelo senador Plínio Valério:

O senador Plínio Valério (PSDB-AM) pediu nesta quinta-feira (23) que o presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, determine a instalação da CPI das ONGs imediatamente, antes da eventual instalação da CPI do MEC. Segundo Plínio, o Senado deve seguir a ordem de antiguidade dos requerimentos ao instalar essas comissões. Ele apresentou seu requerimento para a criação da CPI das ONGs em 2019.⁷

Notícia do Jornal “Correio Braziliense”, de 29.06.22, a esse respeito, aliás, aponta o seguinte:

A CPI das ONGs da Amazônia continua à frente da fila de espera. Como gritam agora por uma CPI do Ministério da Educação, no caso dos pastores, e como o duplo assassinato o Javari vitimou um europeu, é hora de lembrar da CPI das ONGs amazônicas. Por que não sai? O autor do requerimento, senador Plínio Valério, representa o Amazonas e diz que há 100 mil ONGs por lá. Com tanta ONG, nem haveria espaço para desmate, queimada, tráfico. Imagine cada ONG com 10 pessoas, já dá um exército de 1 milhão de protetores da Amazônia. Dá três vezes o efetivo das Forças Armadas. A ex-ministra Damare Alves me diz que ONGs estrangeiras usam aldeias como zoológico humano para vender documentários milionários na Europa; ONGs que agem como donas de territórios indígenas.⁸

Desse modo, compartilho das preocupações externadas pelo Ministro Relator quanto ao hígido funcionamento do Fundo Clima. Penso, porém, não ser o momento mais adequado para que, sem tais apurações pelo Parlamento, se possa determinar, ausente o desejável escrutínio pelo Senado Federal quanto à alocação de tais verbas, o retorno à destinação de verbas públicas.

Ressalto, ainda, outro aspecto importante, alusivo à pandemia e aos *lockdowns*. Visto que o Estado não é, em si, produtor de riqueza, depende da arrecadação de tributos quanto ao contingenciamento dos gastos. O setor público depende do setor privado para continuar a existir; depende da arrecadação de tributos que incidem sobre a atividade produtiva. É intuitivo até que, conquanto tenhamos conseguido manter nossa balança econômica favorável se comparada às balanças de muitos países ao redor do mundo, e principalmente às do bloco das Américas Latina e Central, ainda assim houve sensível abalo na economia. Circunstância de tamanha excepcionalidade autoriza, na linha do que, aliás, esta Corte manifestou (ADI 6.357, ACO 3.478, ACO 3.474, ACO 3.473 e ACO 3.518 MC-REF), interpretação distinta de institutos jurídicos relativamente à sustentabilidade fiscal e

⁷ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/23/pliniovalerio-pede-instalacao-da-cpi-das-ongs-antes-da-cpi-do-mec>, Acesso em: 1º de julho de 2022.

⁸ Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/06/5018708-alexandre-garcia-e-hora-de-lembrar-da-cpi-das-ongs-amazonicas-por-que-nao-sai.html>, Acesso em: 1º de julho de 2022.

à urgência em salvaguardar recursos, direcionando-os a finalidades que se mostram tão prementes e relevantes quanto uma das linhas da política ambiental.

De qualquer forma, observo também por outro ângulo que não há a alegada omissão ou inércia do poder público na formulação de políticas públicas. O que me parece haver, antes de tudo isso, é um planejamento para a alocação de tais verbas a partir de eixos temáticos, explicitados, aliás, no Plano Anual de Aplicação de Recursos (PAAR 2022) do FNMC, destinando-se o valor de R\$ 525.980 (quinhentos e vinte e cinco mil novecentos e oitenta reais) ao fomento de novos projetos de mitigação da mudança do clima, em financiamentos não reembolsáveis, e R\$ 444.105.542,00 (quatrocentos e quarenta e quatro milhões cento e cinco mil quinhentos e quarenta e dois reais) em financiamentos reembolsáveis, que corresponde à ação orçamentária 00J4 – o orçamento para 2022 é de R\$ 444.105.542. Desse total estão previstos R\$ 260.105.542 na fonte 142 e R\$ 184.000.000 na fonte 180. A fonte 142 é o recurso da participação especial da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e a fonte 180 é de recursos próprios referentes ao retorno financeiro de aplicações e empréstimos do Fundo Clima pelo BNDES. É perceptível que essas quantias representam, tão somente, uma parte mínima da Política Nacional do Meio Ambiente.

Não seriam, certamente, aproximadamente R\$ 500 milhões que dariam conta de ações para a mobilidade urbana limpa ou de cidades sustentáveis, de novas máquinas e equipamentos eficientes, de energias renováveis, de adequado descarte de resíduos sólidos, de iniciativas com carvão vegetal, florestas nativas, gestão e serviços de carbono, além de dezenas de outras preocupações quanto à inovação no campo da redução da marcha e dos efeitos das mudanças climáticas.

Isso, aliás, revela outro aspecto bastante relevante. A exemplificação acima demonstra que tais gastos devem ser precipuamente feitos pelo Executivo, dentro de sua esfera de discricionariedade, sob os ângulos de conveniência e oportunidade.

Não me parece prudente, portanto, com as mais respeitosas vênias ao eminente Relator, que o Judiciário se substitua ao Executivo. Tenho que o Poder Judiciário, como já tive oportunidade de destacar outras vezes, deve agir com prudência e autocontenção, em respeito ao princípio da separação dos poderes e ao sistema de checks and balances. Não constato, pois, a alegada omissão, visto que o Fundo Clima é apenas um dos vários instrumentos à disposição da Administração Pública para execução de política pública de proteção ao meio ambiente, a qual, aliás, tem sido realizada por atuação primeira, integrada e consistente do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Defesa e do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, entre outros.

Daí por que, com as mais respeitosas vênias, divirjo de Sua Excelência o Ministro Relator, para julgar o pedido improcedente.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 708

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S): RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO (68951/BA, 25120/DF, 409584/SP)

REQTE.(S): PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)

ADV.(A/S): ANDRE BRANDÃO HENRIQUES MAIMONI (29498/DF, 7040/O/MT)

REQTE.(S): PARTIDO DOS TRABALHADORES

ADV.(A/S): EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO (04935/DF, 30746/ES, 428274/SP)

REQTE.(S): REDE SUSTENTABILIDADE

ADV.(A/S): RAFAEL ECHEVERRIA LOPES (62866/DF, 22286-A/MS, 321174/ SP)

INTDO.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE.: OBSERVATÓRIO DO CLIMA

ADV.(A/S): PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO (164056/SP)

ADV.(A/S): RAFAEL CARLSSON GAUDIO CUSTÓDIO (262284/SP)

ADV.(A/S): FERNANDO NABAIS DA FURRIELA (57839/BA, 197853/MG, 218150/RJ, 112208A/RS, 80433/SP)

AM. CURIAE.: INSTITUTO ALANA

ADV.(A/S): THAÍS NASCIMENTO DANTAS (377516/SP)

ADV.(A/S): PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG (329833/SP)

AM. CURIAE.: FRENTE NACIONAL DE PREFEITOS

ADV.(A/S): MARCELO PELEGRINI BARBOSA (41774/DF, 199877/SP)

AM. CURIAE.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS

ADV.(A/S): GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO (55891/DF, 252259/SP)

ADV.(A/S): JULIA MELLO NEIVA (223763/SP)

ADV.(A/S): JOÃO PAULO DE GODOY (365922/SP)

ADV.(A/S): PAULA NUNES DOS SANTOS (365277/SP)

ADV.(A/S): GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI (373777/SP)

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MEIO AMBIENTE - ABRAMPA

ADV.(A/S): VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA (313405/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo, fixando a seguinte tese de julgamento: “O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF)”. Tudo nos termos do voto

do Relator, vencido o Ministro Nunes Marques. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator com ressalvas. Falaram: pelo requerente Partido Socialista Brasileiro – PSB, o Dr. Felipe Santos Correa; pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL), o Dr. André Maimoni; pelo requerente Partido dos Trabalhadores, Dr. Miguel Novaes; pela requerente Rede Sustentabilidade, o Dr. Rafael Echeverria Lopes; pela interessada, a Dra. Jucelaine Angelim Barbosa, Advogada da União; pelo *amicus curiae* Observatório do Clima, a Dra. Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo; e, pelo *amicus curiae* Instituto Alana, a Dra. Angela Moura Barbarulo. Plenário, Sessão Virtual de 24.6.2022 a 1.7.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen 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

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2309888 / MINAS GERAIS (2023/0067030-0)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: VITOR DOS SANTOS MARCELO

AGRAVANTE: YURI FRANCISCO JUNIOR DE SOUZA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: CASSIO GOMES SETTE

INTERES.: GABRIEL GOMES JÚNIOR

ADVOGADO: JOÃO LOURENÇO DE MIRANDA NETO - MG125812

INTERES.: WAGNER MONTEIRO ZOQBI

ADVOGADO: MAICON CÉSAR DA SILVA - MG180627

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. ESPELHAMENTO DE MENSAGENS POR MEIO DO APLICATIVO *WHATSAPP WEB*. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA LÍCITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O enfrentamento meritório da controvérsia, ao contrário do afirmado pela parte agravante, não afronta a Súmula 7/STJ, uma vez que o Tribunal *a quo* apresentou a moldura fática, a partir da qual possível se faz extrair nova e diversa consequência jurídica (reavaliação jurídica) por parte desta Corte Superior.

2. É possível a utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparado por autorização judicial. A chancela jurídica, portanto, possibilita o monitoramento legítimo, inclusive via espelhamento do *software Whatsapp Web*, outorgando funcionalidade à perseguição virtual, de inestimável valia no mundo atual. A prova assim

obtida, via controle judicial, não se denota viciada, não inquinando as provas derivadas, afastando-se a teoria do *fruits of the poisonous tree* na hipótese.

2. No ordenamento pátrio, as ações encobertas recebem a denominação de infiltração de agentes. A Lei que trata acerca de Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/2013, prevê que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, mediante motivada e sigilosa autorização judicial. Objetiva-se a outorga, ao agente estatal, da possibilidade de penetrar na organização criminosa, participando de atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades.

3. De se destacar, que de acordo com ensinamento doutrinário (Mendroni, Marcelo Batouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime organizado - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo Atlas, 2014. p. 75), a ação controlada, pela via do agente infiltrado, resulta em atuação que visa obter prova para incriminar o suspeito, ganhar sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos fatos e praticando atos de execução, se necessário, como forma de conseguir a informação necessária ao fim da investigação. O agente infiltrado, portanto, tem, ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime. Da natureza da figura do agente infiltrado, portanto, ter influência no modo como o crime é praticado. Além da já mencionada lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013) admitir ações infiltradas, quando houver indícios atuação de organização criminosa, outras legislações, como a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), em seu art. 53, I, contempla a possibilidade de infiltração de agentes (operação *undercover*) na persecução penal do tráfico ilícito de entorpecentes, como ocorrido na hipótese.

4. De se mencionar, ainda, que a lei que regulamenta o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da *Internet* no Brasil, garante o acesso e a interferência no “fluxo das comunicações pela *Internet*, por ordem judicial”. De idêntica forma, a mesma Lei n. 12.850/2013 (Lei da ORCRIM), com redação trazida pela Lei 13.694/2019, passou a prever, de forma expressa, a figura do agente infiltrado virtual, em seu art. 10-A.

5. De outra banda, a Lei n. 9.296/1996 (Interceptação Telefônica), permite, por sua vez, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que concerne à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada. Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos, na hipótese, e, de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do *Whatsapp Web*. A lei de interceptação, em combinação com a Lei

das Organizações Criminosas, na hipótese, outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica.

6. A potencialidade danosa dos delitos praticados por organizações criminosas, pelo meio virtual, aliada a complexidade e dificuldade da perseguição penal no âmbito cibernético, como na hipótese, devem levar a jurisprudência a admitir as ações controladas e infiltradas, como na presente hipótese, no mesmo plano virtual. De fato, nos últimos anos, as redes sociais e respectivos aplicativos se tornaram uma ferramenta indispensável para a comunicação, interação e compartilhamento de informações em todo o mundo. Entretanto, essa rápida expansão e influência também trouxeram consigo uma série de desafios e problemas no âmbito da investigação, no meio virtual, tornando-se a evolução da jurisprudência acerca do tema questão cada vez mais relevante e urgente.

7. Nessa esteira, como já mencionado, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, permitem a ação controlada e infiltrada virtual, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação criminal, atentando-se para o juízo de ponderação dos valores constitucionais em jogo.

8. Nada obstante se possa levantar problemas de ordem moral na utilização da ação controlada e do agente infiltrado, levantando-se infração a limites éticos, observação feita no bojo do voto condutor do acórdão exarado pelo Tribunal recorrido, fato é que o crescimento e desenvolvimento de novas formas de atuação da criminalidade coloca o processo penal em xeque, na medida em que a perseguição penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já comumente conhecidos, tem se mostrado insuficiente no combate à delinquência organizada moderna.

9. Impositivo se mostra, na hipótese em apreço, o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, porém, sempre respeitando, dentro de tal quadro, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Tal desiderato restou alcançado na medida em que, no ordenamento pátrio, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos fundamentais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente, tal como se deu na hipótese dos autos, via decisões exaradas em ação cautelar n. 060944-90.2018.8.13.0521, que deferiram a ação controlada e a quebra de sigilo de dados e interceptação telefônica, interceptação telefônica de outros terminais e quebra de sigilo telemático, bem como o mencionado espelhamento, realizando-se o acompanhamento das comunicações do ora recorrente, através de espelhamento, o que permitiu a polícia acompanhar diálogos

entre os réus, que supostamente indicava uma possível associação criminosa ligada ao tráfico, bem como permitiu a colheita de elementos informativos, sobre a dinâmica e réus.

10. Não há empecilho, portanto, na utilização de ações encobertas ou agentes infiltrados na persecução de delitos, pela via dos meios virtuais, desde que, conjugados critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade), reste observada a subsidiariedade, não podendo a prova ser produzida por outros meios disponíveis.

11. A ação controlada e a infiltração, que se configuram como técnica especial de investigação voltada ao combate da criminalidade moderna, deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, desde que comprovada sua necessidade. É o que se dá na hipótese dos autos, com o autorizado espelhamento via *software Whatsapp Web*, como meio de infiltração investigativa, na medida em que a interceptação de dados direta, feita no próprio aplicativo original do *Whatsapp*, se denota, por vezes, despicienda, em face da conhecida criptografia ponta a ponta que vigora no aplicativo original, impossibilitando o acesso ao teor das conversas ali entabuladas. Concebe-se plausível, portanto, que o espelhamento autorizado via *software Whatsapp Web*, pelos órgãos de persecução, se denote equivalente à modalidade de infiltração do agente, que consiste, como já asseverado, em meio extraordinário, mas válido, de obtenção de prova.

12. Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do *software Whatsapp Web*, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial, como ocorrido na hipótese presente. De fato, como já asseverado supra, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

13. Pode-se argumentar que a prova obtida pela via do espelhamento, através do *software Whatsapp Web*, como modalidade de investigação, via agente infiltrado, implicaria em malferimento à prerrogativa do acusado de não produzir prova contra si mesmo (*against selfincrimiantion*) ou ao direito de permanecer em silêncio. Contudo, o respeito ao acusado, na condição de sujeito processual, tão somente impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. Desta forma, se o investigado vem a produzir, de forma espontânea, prova apta a corroborar sua inculpação, referida prova deverá ser valorada no processo, ante sua validade. É o que se dá na hipótese do multimencionado espelhamento.

14. De idêntica forma, a objeção de que a facilidade de manipulação da prova obtida pela via do espelhamento do *Whatsapp Web*, pelo

agente infiltrado, tornaria inválida a evidência por tal meio obtida não merece guarida, na medida em que esta Corte Superior tem adotado entendimento pacífico no sentido de que *“é despcienda a realização de perícia a fim de comprovar a fidedignidade das gravações, que são presumidamente autênticas, possuindo fé pública os agentes policiais envolvidos na operação. Tal entendimento independe da forma de transmissão das interceptações, se oriundos de gravações de áudio ou captação de mensagens de texto”* (AgRg no RHC n. 129.003/MT, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020), bem como que *“o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade”* (AgRg no RHC n. 147.885/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

15. No presente caso, não houve comprovação de qualquer adulteração no decorrer probatório, nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova, salvo, naturalmente, a eventual ingerência e interação que decorre da atuação na ação controlada e da condição de agente infiltrado aqui reconhecida, não podendo referida invalidade ser presumida.

16. Agravo regimental não provido.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de outubro de 2023.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2309888 - MG (2023/0067030-0)

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: VITOR DOS SANTOS MARCELO

AGRAVANTE: YURI FRANCISCO JUNIOR DE SOUZA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: CASSIO GOMES SETTE

INTERES.: GABRIEL GOMES JÚNIOR

ADVOGADO: JOÃO LOURENÇO DE MIRANDA NETO - MG125812

INTERES.: WAGNER MONTEIRO ZOQBI

ADVOGADO: MAICON CÉSAR DA SILVA - MG180627

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. ESPELHAMENTO DE MENSAGENS POR MEIO DO APLICATIVO *WHATSAPP WEB*. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA LÍCITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O enfrentamento meritório da controvérsia, ao contrário do afirmado pela parte agravante, não afronta a Súmula 7/STJ, uma vez que o Tribunal *a quo* apresentou a moldura fática, a partir da qual possível se faz extrair nova e diversa consequência jurídica (reavaliação jurídica) por parte desta Corte Superior.

2. É possível a utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparado por autorização judicial. A chancela jurídica, portanto, possibilita o monitoramento legítimo, inclusive via espelhamento do *software Whatsapp Web*, outorgando funcionalidade à persecução virtual, de inestimável valia no mundo atual. A prova assim obtida, via controle judicial, não se denota viciada, não inquinando as provas derivadas, afastando-se a teoria do *fruits of the poisonous tree* na hipótese.

2. No ordenamento pátrio, as ações encobertas recebem a denominação de infiltração de agentes. A Lei que trata acerca de Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/2013, prevê que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, mediante motivada e sigilosa autorização judicial. Objetiva-se a outorga, ao agente estatal, da possibilidade de penetrar na organização criminosa, participando de atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades.

3. De se destacar, que de acordo com ensinamento doutrinário (Mendroni, Marcelo Batouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime organizado - Lei n. 12.850/2013*. São Paulo Atlas, 2014. p. 75), a ação controlada, pela via do agente infiltrado, resulta em atuação que visa obter prova para incriminar o suspeito, ganhar sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos fatos e praticando atos de execução, se necessário, como forma de conseguir a informação necessária ao fim da investigação. O agente infiltrado, portanto, tem, ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime. Da natureza da figura do agente infiltrado, portanto, ter influência no modo como o crime é praticado. Além da já mencionada lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013) admitir ações infiltradas, quando houver indícios atuação de organização criminosa, outras legislações, como a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), em seu art. 53, I, contempla a possibilidade de infiltração de agentes (operação *undercover*) na persecução penal do tráfico ilícito de entorpecentes, como ocorrido na hipótese.

4. De se mencionar, ainda, que a lei que regulamenta o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da *Internet* no Brasil, garante o acesso e a interferência no “fluxo das comunicações pela *Internet*, por ordem judicial”. De idêntica forma, a mesma Lei n. 12.850/2013 (Lei da ORCRIM), com redação trazida pela Lei 13.694/2019, passou a prever, de forma expressa, a figura do agente infiltrado virtual, em seu art. 10-A.

5. De outra banda, a Lei n. 9.296/1996 (Interceptação Telefônica), permite, por sua vez, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que concerne à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada. Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos, na hipótese, e, de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do *Whatsapp Web*. A lei de interceptação, em combinação com a Lei das Organizações Criminosas, na hipótese, outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica.

6. A potencialidade danosa dos delitos praticados por organizações criminosas, pelo meio virtual, aliada a complexidade e dificuldade da persecução penal no âmbito cibernético, como na hipótese, devem levar a jurisprudência a admitir as ações controladas e infiltradas, como na presente hipótese, no mesmo plano virtual. De fato, nos últimos anos, as redes sociais e respectivos aplicativos se tornaram uma ferramenta indispensável para a comunicação, interação e compartilhamento de informações em todo o mundo. Entretanto, essa rápida expansão e influência também trouxeram consigo uma série

de desafios e problemas no âmbito da investigação, no meio virtual, tornando-se a evolução da jurisprudência acerca do tema questão cada vez mais relevante e urgente.

7. Nessa esteira, como já mencionado, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, permitem a ação controlada e infiltrada virtual, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação criminal, atentando-se para o juízo de ponderação dos valores constitucionais em jogo.

8. Nada obstante se possa levantar problemas de ordem moral na utilização da ação controlada e do agente infiltrado, levantando-se infração a limites éticos, observação feita no bojo do voto condutor do acórdão exarado pelo Tribunal recorrido, fato é que o crescimento e desenvolvimento de novas formas de atuação da criminalidade coloca o processo penal em xeque, na medida em que a persecução penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já comumente conhecidos, tem se mostrado insuficiente no combate à delinquência organizada moderna.

9. Impositivo se mostra, na hipótese em apreço, o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, porém, sempre respeitando, dentro de tal quadro, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Tal desiderato restou alcançado na medida em que, no ordenamento pátrio, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos fundamentais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente, tal como se deu na hipótese dos autos, via decisões exaradas em ação cautelar n. 060944-90.2018.8.13.0521, que deferiram a ação controlada e a quebra de sigilo de dados e interceptação telefônica, interceptação telefônica de outros terminais e quebra de sigilo telemático, bem como o mencionado espelhamento, realizando-se o acompanhamento das comunicações do ora recorrente, através de espelhamento, o que permitiu a polícia acompanhar diálogos entre os réus, que supostamente indicava uma possível associação criminosa ligada ao tráfico, bem como permitiu a colheita de elementos informativos, sobre a dinâmica e réus.

10. Não há empecilho, portanto, na utilização de ações encobertas ou agentes infiltrados na persecução de delitos, pela via dos meios virtuais, desde que, conjugados critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade), reste observada a subsidiariedade, não podendo a prova ser produzida por outros meios disponíveis.

11. A ação controlada e a infiltração, que se configuram como técnica especial de investigação voltada ao combate da criminalidade moderna, deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, desde que comprovada sua necessidade. É o que se dá na hipótese dos autos, com o autorizado espelhamento

via *software Whatsapp Web*, como meio de infiltração investigativa, na medida em que a interceptação de dados direta, feita no próprio aplicativo original do *Whatsapp*, se denota, por vezes, despidiendia, em face da conhecida criptografia ponta a ponta que vigora no aplicativo original, impossibilitando o acesso ao teor das conversas ali entabuladas. Concebe-se plausível, portanto, que o espelhamento autorizado via *software Whatsapp Web*, pelos órgãos de persecução, se denote equivalente à modalidade de infiltração do agente, que consiste, como já asseverado, em meio extraordinário, mas válido, de obtenção de prova.

12. Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do *software Whatsapp Web*, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial, como ocorrido na hipótese presente. De fato, como já asseverado supra, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

13. Pode-se argumentar que a prova obtida pela via do espelhamento, através do *software Whatsapp Web*, como modalidade de investigação, via agente infiltrado, implicaria em malferimento à prerrogativa do acusado de não produzir prova contra si mesmo (*against selfincrimiantion*) ou ao direito de permanecer em silêncio. Contudo, o respeito ao acusado, na condição de sujeito processual, tão somente impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. Desta forma, se o investigado vem a produzir, de forma espontânea, prova apta a corroborar sua inculpação, referida prova deverá ser valorada no processo, ante sua validade. É o que se dá na hipótese do multimencionado espelhamento.

14. De idêntica forma, a objeção de que a facilidade de manipulação da prova obtida pela via do espelhamento do *Whatsapp Web*, pelo agente infiltrado, tornaria inválida a evidência por tal meio obtida não merece guarida, na medida em que esta Corte Superior tem adotado entendimento pacífico no sentido de que *“é despidiendia a realização de perícia a fim de comprovar a fidedignidade das gravações, que são presumidamente autênticas, possuindo fé pública os agentes policiais envolvidos na operação. Tal entendimento independe da forma de transmissão das interceptações, se oriundos de gravações de áudio ou captação de mensagens de texto”* (AgRg no RHC n. 129.003/MT, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020), bem como que *“o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente,*

a sua imprestabilidade” (AgRg no RHC n. 147.885/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

15. No presente caso, não houve comprovação de qualquer adulteração no decorrer probatório, nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova, salvo, naturalmente, a eventual ingerência e interação que decorre da atuação na ação controlada e da condição de agente infiltrado aqui reconhecida, não podendo referida invalidade ser presumida.

16. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por VITOR DOS SANTOSMARCELO e YURI FRANCISCO JUNIOR DE SOUZA (e-STJ fls. 1187/1195) contra decisão monocrática de e-STJ fls. 1169/1178, que conheceu do agravo para *dar provimento* ao recurso especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS para determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação, considerando válida a prova obtida via espelhamento do *Whatsapp Web*, anteriormente invalidada.

A parte agravante alega que *a pretensão do Recorrente encontra óbice no enunciado da Súmula nº 07 do STJ, já que implica em flagrante revolvimento de prova* (e-STJ fls. 1192).

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental não merece acolhida.

Com efeito, dessume-se das razões recursais que a parte agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada que, de fato, apresentou a solução que melhor espelha a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

De início, o enfrentamento meritório da controvérsia, ao contrário do afirmado pela parte agravante, não afronta a Súmula 7/STJ, uma vez que o Tribunal *a quo* apresentou a moldura fática, a partir da qual possível se faz extrair nova e diversa consequência jurídica (reavaliação jurídica) por parte desta Corte Superior.

A instância *a quo* acolheu a preliminar de nulidade das provas obtidas por meio de espelhamento de aplicativo de comunicação, julgando prejudicado o apelo ministerial, ao seguinte argumento (e-STJ fls. 1014/1015):

Há de ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelos apelantes, afigurando-se ilícita a prova emergente do espelhamento do aplicativo *Whatsapp Web*.

Conforme se extrai do processado, no curso de procedimento investigativo instaurado ao propósito de perquirição de tráfico de entorpecentes, associação ao tráfico, comércio de armas de fogo, dentre outros delitos praticados na cidade de Ponte Nova (MC), o MP postulou pelo deferimento de ações controladas, *ex vi* do disposto no ad. 53, 1, da Lei 11.343106 e ad. 80 da Lei 12.850113, destinadas ao desmantelamento da associação criminosa atuante no decantado município, sendo as ações controladas, bem assim interceptações telefônicas e quebra de sigilo de dados, autorizadas pelo Juízo de origem em processo cautelar apartado.

As interceptações telefônicas e o acesso aos dados dos aparelhos celulares legitimamente apreendidos pelos policiais, não se revestem de qualquer ilegalidade, sendo as medidas empreendidas mediante ordem judicial (autos em apenso), em conformidade aos ditames da Lei 9.296/96.

[...]

Todavia, afigura-se ilícita a quebra de sigilo telemático por meio de espelhamento do aplicativo *Whatsapp*, impondo-se o desentranhamento do acervo probatório obtido de forma irregular.

Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero espectador dos diálogos entabulados por terceiros, no espelhamento do aplicativo *Whatsapp Web*, o investigador tem a concreta possibilidade de participar efetivamente das conversas, tanto daquelas a serem realizadas quanto dos diálogos anteriormente registrados no aparelho, podendo, inclusive, excluir mensagens, sem deixar vestígios, fato, inclusive, admitido pelo policial Elias Ântero de Souza.

Em depoimento prestado em Juízo por Elias Ântero de Souza (mídia á fl. 289), este afirmou haver utilizado aparelho telefônico particular para promover a “clonagem” do aplicativo *Whatsapp Web* de Gabriel Gomes Júnior, encaminhando, posteriormente, as mensagens trocadas pelos interlocutores, ao Setor de Inteligência, circunstâncias a evidenciarem, ainda mais, a irregularidade do procedimento de espelhamento levado a efeito pela Polícia Militar.

Ademais disso, a interceptação telefônica tem como objeto a escuta de conversas realizadas após a autorização judicial, enquanto o espelhamento via QR Code (*Quick Response*) viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a todas as conversas realizadas antes da autorização judicial.

Consoante se verifica da orientação jurisprudencial do colendo STJ, a legislação atinente às interceptações telefônicas não há de ser aplicada, por analogia, à quebra de sigilo de dados realizada por meio de espelhamento do *Whatsapp Web*, não havendo previsão legal para este meio de prova híbrido:

O juízo de primeiro grau, por sua vez, fundamentou o afastamento da preliminar de nulidade da sentença condenatória nos seguintes termos (e-STJ fls. 661/668):

Conforme pontuado neste e em outros feitos, mister a contextualização das ações investigativas levadas a efeito pela Promotoria de Justiça em Ponte Nova/MG.

Anteriormente a qualquer pedido judicial, encontrava-se em trâmite na Promotoria de Justiça de Ponte NOVA/MG o PIC n. MPMG0521.18.00219-3 que versava sobre a atuação de bando armado voltado a atentados contra policiais militares, no bojo do qual um dos investigados teria informado que o réu CÁSSIO GOMES SETTE seria o responsável pela comercialização clandestina de armas de fogo em Ponte Nova/MG.

Na sequência, teria aportado no Ministério Público o Ofício n. 141.2/2018 - AA - 212 CIA PM IND, de lavra do Chefe da Seção de Inteligência da Unidade Militar, informando a ocorrência de fortes indícios da existência de associação criminosa entre os indivíduos CÁSSIO GOMES SETTE e GABRIEL GOMES JÚNIOR, que utilizariam um lava-jato para o acobertamento da venda de entorpecentes.

Em razão disso, o Ministério Público aviou representação pelo deferimento de ações controladas de investigação, destinadas ao desmantelamento de associação criminosa, com atuação no tráfico de drogas, comércio de armas de fogo e à prisão de delinquentes. Ainda, requereu, especificamente, a interceptação telefônica e quebra de sigilo de comunicações de terminais telefônicos possivelmente utilizados, no contexto acima, para a prática de crimes pela mencionada organização criminosa, visando desmantelá-la.

Nos autos da ação cautelar de n. 0060944-90.2018.8.13.0521 o pedido de ação controlada de investigação foi deferimento sob os seguintes fundamentos:

[...]

Dado o preenchimento dos requisitos legais, conforme ditames da Lei n. 9.296/96, também foi autorizada a quebra de sigilo telefônico e de comunicações.

Posteriormente houve pedido de prorrogação das interceptações telefônicas e quebra de sigilo telemático, especificamente para autorização de acesso remoto a aplicativos de mensagens e redes sociais vinculadas (dados telemáticos) aos telefones alvos, incluindo-se pedido de utilização dos softwares *Whatsapp Web* ou *Telegram Desktop*.

[...]

Nessa linha, verifica-se que a situação narrada pelos requerentes difere da fundamentação contida no RCH n. 99.735/SC, do Superior Tribunal de Justiça, vez que consignada, neste precedente sem caráter vinculante, a impossibilidade de utilização, por analogia, do instituto da interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96) para fins de espelhamento de aplicativo de comunicação. É esse o ponto principal do acórdão: dessemelhanças entre o espelhamento de aplicativo e o instituto legal da interceptação telefônica.

O contexto das investigações levadas a efeito pela Promotoria de Justiça Comarca de Ponte Nova/MG é, contudo, diverso, o que permite o estabelecimento do *distinguishing* em relação ao precedente invocado pela defesa dos acusados.

A interceptação telefônica – e a vedação a sua aplicação analógica conforme citado precedente do Superior Tribunal de Justiça – não se confunde com o instituto da ação controlada, que possui previsão em diversos dispositivos legais no ordenamento pátrio.

A ação controlada constitui técnica especial de investigação por meio da qual o investigador, diante de indícios de prática de ato criminoso em curso, retarda a intervenção, postergando-a, com o objetivo de coleta de provas, descoberta de autoria, recuperação do produto ou proveito da infração. Ainda, na técnica da ação controlada, admitem-se outras condutas por parte dos investigadores, incluindo-se agentes infiltrados.

Na ação controlada há autorização legal para que aqueles que conduzem as investigações possam atuar como participantes e interagir com membros da organização criminosa. Nesse sentido, cite-se o art. 53, 1, da Lei n. 11.343/06, que prevê a possibilidade, em qualquer fase da persecução criminal, de infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.

Na mesma linha, o art. 3º da Lei n. 12.850/13 (Lei do Crime Organizado) autoriza, em qualquer fase da persecução penal, a ação controlada e a infiltração, por policiais, em atividade de investigação. Ainda, os arts. 190-A a 190-E do Estatuto da Criança e do Adolescente permitem a infiltração de agentes de polícia para investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente, inclusive na *internet*, com possibilidade, dada o instituto da infiltração, de atuação ativa do investigador para obtenção de provas.

Eis o ponto de distinção: quando as normas autorizam a infiltração de agente, seja no bojo de ação controlada seja em situações específicas, não se trata de aplicação analógica dos institutos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/96), mas de incidência de regramento próprio, destinado a otimizar o combate à criminalidade. Por essa razão, o precedente contido no RCH n. 99.735/SC não se aplica à hipótese dos autos, vez que, se a legislação autoriza até mesmo a infiltração de agentes (atuação maior) não há vedação legal à técnica de espelhamento de aplicativos de mensagens (atuação menor), que constitui verdadeira infiltração virtual de agentes policiais.

Tudo se encontra dentro do bojo autorizativo de atuação mediante ação controlada para combate ao crime. É isso o que determina o art. 53 da Lei de Drogas.

[...]

Dessa forma, a autorização de espelhamento de aplicativo de mensagens, no bojo de ação controlada judicialmente deferida, constitui técnica válida de investigação criminal, porquanto fundada nos meios extraordinários de investigação de organizações criminosas. De certo, a autorização da entrega Vigida (ação controlada) e de espelhamento de aplicativo de mensagens, com fundamento no art. 53, 1, da Lei 11.343/06, no Decreto n. 5.015/04 (Convenção de Palermo contra o Crime Organizado) e na Lei n. 12.850/13 (Lei do Crime Organizado), mostra-se suficiente para subsidiar a validade da prova colhida pela Promotoria de Justiça de Ponte Nova/MG com auxílio da inteligência da Polícia Militar local.

Ademais, quanto ao pleito defensivo de que a autorização deste juízo para a realização do espelhamento do "*Whatsapp*" determinou sua realização através de um computador na central de inteligência da Polícia Militar e não no celular particular de um policial militar, observa-se que, ao revés do alegado, a autorização proferida por este juízo não especificou que o espelhamento seria realizado através de um computador na central de inteligência da Polícia Militar.

Trata-se de meio de prova atípico, para o qual não há previsão legal quanto às minúcias procedimentais. Sendo assim, não verificando que o expediente adotado violou garantias dos acusados, ou que lhe tenha imposto prejuízo, para além do conteúdo da prova, a nulidade não pode ser reconhecida.

Assim, rejeito a alegação de ilicitude de prova e, por consequência, das que dela derivam. Se há suporte na legislação pátria para o espelhamento de aplicativos de mensagens, não há ilegalidade a ser reconhecida judicialmente.

Postas as premissas supra, delineadas as teses em confronto, de se destacar que a questão posta em juízo traz à baila a aferição da possibilidade de utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético. A questão que se põe é: pode-se revestir a mencionada manobra policial de legalidade, gerando o subsequente aproveitamento das provas?

A resposta se denota positiva, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparado por autorização judicial. A chancela jurídica, portanto, possibilita o monitoramento legítimo, inclusive via espelhamento do software *Whatsapp Web*, outorgando funcionalidade à perseguição virtual, de inestimável valia no mundo atual. A prova assim obtida, via controle judicial, não se denota viciada, não inquinando as provas derivadas, afastando-se a teoria do *fruits of the poisonous tree* na hipótese.

No ordenamento pátrio, as ações encobertas recebem a denominação de infiltração de agentes. A Lei que trata acerca de Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/2013, prevê que, em qualquer fase da perseguição penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, mediante motivada e sigilosa autorização judicial. Objetiva-se a outorga, ao agente estatal, da possibilidade de penetrar na organização criminosa, participando de atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades.

De se destacar, que de acordo com ensinamento doutrinário (Mendroni, Marcelo Batouni. Comentários à Lei de Combate ao Crime organizado - Lei n. 12.850/2013. São Paulo Atlas, 2014. p. 75), a ação controlada, pela via do agente infiltrado, resulta em atuação que visa obter prova para incriminar o suspeito, ganhar sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos fatos e praticando atos de execução, se necessário, como forma de conseguir a informação necessária ao fim da investigação. O agente infiltrado, portanto, tem, ou pode ter, intervenção direta sobre os atos preparatórios e de execução na prática do crime. Da natureza da figura do agente infiltrado, portanto, ter influência no modo como o crime é praticado. Além da já mencionada lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013) admitir ações infiltradas, quando houver indícios atuação de organização criminosa, outras legislações, como a Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), em seu art. 53, I, contempla a possibilidade de infiltração de agentes (operação *undercover*) na perseguição penal do tráfico ilícito de entorpecentes, como ocorrido na hipótese.

De se mencionar, ainda, que a lei que regulamenta o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da *Internet* no Brasil, garante o acesso e a interferência no “fluxo das comunicações pela *Internet*, por ordem judicial”. De idêntica forma, a mesma Lei n. 12.850/2013 (Lei da ORCRIM), com redação trazida pela Lei 13.694/2019, passou a prever, de forma expressa, a figura do agente infiltrado virtual, em seu art. 10-A.

De outra banda, a Lei n. 9.296/1996 (Interceptação Telefônica), permite, por sua vez, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que concerne à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada.

Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos, na hipótese, e, de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do *Whatsapp Web*. A lei de interceptação, em combinação com a Lei das Organizações Criminosas, na hipótese, outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica.

A potencialidade danosa dos delitos praticados por organizações criminosas, pelo meio virtual, aliada a complexidade e dificuldade da persecução penal no âmbito cibernético, como na hipótese, devem levar a jurisprudência a admitir as ações controladas e infiltradas, como na presente hipótese, no mesmo plano virtual. De fato, nos últimos anos, as redes sociais e respectivos aplicativos se tornaram uma ferramenta indispensável para a comunicação, interação e compartilhamento de informações em todo o mundo. Entretanto, essa rápida expansão e influência também trouxeram consigo uma série de desafios e problemas no âmbito da investigação, no meio virtual, tornando-se a evolução da jurisprudência acerca do tema questão cada vez mais relevante e urgente.

Nessa esteira, como já mencionado, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013, Lei das Organizações Criminosas, permitem a ação controlada e infiltrada virtual, desde que observadas a cláusula de reserva de jurisdição e a finalidade para investigação criminal, atentando-se para o juízo de ponderação dos valores constitucionais em jogo.

Vale asseverar que, nada obstante se possa levantar problemas de ordem moral na utilização da ação controlada e do agente infiltrado, levantando-se infração a limites éticos, observação feita no bojo do voto condutor do acórdão exarado pelo Tribunal recorrido, fato é que o crescimento e desenvolvimento de novas formas de atuação da criminalidade coloca o processo penal em xeque, na medida em que a persecução penal realizada nos moldes tradicionais, com métodos de investigação já comumente conhecidos, tem se mostrado insuficiente no combate à delinquência organizada moderna.

Impositivo se mostra, na hipótese em apreço, o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, porém, sempre respeitando, dentro de tal quadro, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Tal desiderato restou alcançado na medida em que, no ordenamento pátrio, a infiltração, igualmente a outros institutos que restringem garantias e direitos fundamentais, está submetida ao controle e amparada por ordem de um juiz competente, tal como se deu na hipótese dos autos, via decisões exaradas em ação cautelar n. 060944-90.2018.8.13.0521, que deferiram a ação controlada e a quebra de sigilo de dados e interceptação telefônica, interceptação telefônica de outros terminais e quebra de sigilo telemático, bem como o mencionado espelhamento, realizando-se o acompanhamento das comunicações do ora recorrente, através de espelhamento, o que permitiu a polícia acompanhar diálogos entre os réus, que supostamente indicava uma possível associação criminosa ligada ao tráfico, bem como permitiu a colheita de elementos informativos, sobre a dinâmica e réus.

Não há empecilho, portanto, na utilização de ações encobertas ou agentes infiltrados na persecução de delitos, pela via dos meios virtuais, desde que, conjugados critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade), reste observada a subsidiariedade, não podendo a prova ser produzida por outros meios disponíveis.

A ação controlada e a infiltração, que se configuram como técnica especial de investigação voltada ao combate da criminalidade moderna, deve ser admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, desde que comprovada sua necessidade. É o que se dá na hipótese dos autos, com o autorizado espelhamento via software *Whatsapp Web*, como meio de infiltração investigativa, na medida em que a interceptação de dados direta, feita no próprio aplicativo original do *Whatsapp*, se denota, por vezes, despidiendia, em face da conhecida criptografia ponta a ponta que vigora no aplicativo original, impossibilitando o acesso ao teor das conversas ali entabuladas.

Concebe-se plausível, portanto, que o espelhamento autorizado via software *Whatsapp Web*, pelos órgãos de persecução, se denote equivalente à modalidade de infiltração do agente, que consiste, como já asseverado, em meio extraordinário, mas válido, de obtenção de prova.

Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do software *Whatsapp Web*, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial, como ocorrido na hipótese presente. De fato, como já asseverado supra, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

Pode-se argumentar que a prova obtida pela via do espelhamento, através do software *Whatsapp Web*, como modalidade de investigação, via agente infiltrado, implicaria em malferimento à prerrogativa do acusado de não produzir prova contra si mesmo (*against self-incrimination*) ou ao direito de permanecer em silêncio. Contudo, o respeito ao acusado, na condição de sujeito processual, tão somente impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. Desta forma, se o investigado vem a produzir, de forma espontânea, prova apta a corroborar sua inculpação, referida prova deverá ser valorada no processo, ante sua validade. É o que se dá na hipótese do multimencionado espelhamento.

De idêntica forma, a objeção de que a facilidade de manipulação da prova obtida pela via do espelhamento do *Whatsapp Web*, pelo agente infiltrado, tornaria inválida a evidência por tal meio obtida não merece guarida, na medida em que esta Corte Superior tem adotado entendimento pacífico no sentido de que “é despidiendia a realização de perícia a fim de comprovar a fidedignidade das gravações, que são presumidamente autênticas, possuindo fé pública os agentes policiais envolvidos na operação. Tal entendimento independe da forma de transmissão das interceptações, se oriundos de gravações de áudio ou captação de mensagens de texto” (AgRg no RHC n. 129.003/MT, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020), bem como que “o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade” (AgRg no RHC n. 147.885/SP, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

No caso dos autos, não houve comprovação de qualquer adulteração no decorrer probatório, nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova, salvo, naturalmente, a eventual ingerência e interação que

decorre da atuação na ação controlada e da condição de agente infiltrado aqui reconhecida, não podendo referida invalidade ser presumida.

Assim, deve-se determinar que o Tribunal recorrido prossiga no julgamento das apelações apresentadas, considerando válida a prova obtida via espelhamento do *Whatsapp Web*, anteriormente invalidada, conforme fundamentação exarada supra.

Sendo assim, o inconformismo não merece prosperar.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

AgRg no AREsp 2.309.888 / MG

Número Registro: 2023/0067030-0

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem:

0088242572018 00882425720188130521 10521180088242001

10521180088242002 10521180088242003 10521180088242004 88242572018

882425720188130521

JULGADO: 17/10/2023

EM MESA

Relator

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: VITOR DOS SANTOS MARCELO

AGRAVANTE: YURI FRANCISCO JUNIOR DE SOUZA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: CASSIO GOMES SETTE

INTERES.: GABRIEL GOMES JÚNIOR

ADVOGADO: JOÃO LOURENÇO DE MIRANDA NETO - MG125812

INTERES.: WAGNER MONTEIRO ZOQBI

ADVOGADO: MAICON CÉSAR DA SILVA - MG180627

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: VITOR DOS SANTOS MARCELO

AGRAVANTE: YURI FRANCISCO JUNIOR DE SOUZA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: CASSIO GOMES SETTE

INTERES.: GABRIEL GOMES JÚNIOR

ADVOGADO: JOÃO LOURENÇO DE MIRANDA NETO - MG125812

INTERES.: WAGNER MONTEIRO ZOQBI

ADVOGADO: MAICON CÉSAR DA SILVA - MG180627

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 2.107.601 / MINAS GERAIS (2023/0396609-1)

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: JOÃO GUTEMBERGUE DE CASTRO

ADVOGADOS: CELCIMAR CARDOSO GARCIA - MG094301

ANA LAURA FREIRIA SILVA OLIVEIRA - MG183358

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.230/2021. RESPONSABILIZAÇÃO POR DOLO GENÉRICO. REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A questão jurídica referente à aplicação da Lei n. 14.230/2021 – em especial, no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa e da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente – teve a repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199 do STF).

2. A despeito de ser reconhecida a irretroatividade da norma mais benéfica advinda da Lei n. 14.230/2021, que revogou a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, o STF autorizou a aplicação da lei nova, quanto a tal aspecto, aos processos ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada.

3. A Primeira Turma desta Corte Superior, no julgamento do AREsp 2.031.414/MG, em 9/5/2023, firmou a orientação de conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da LIA (com a redação da Lei n. 14.230/2021), adstrita aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado, de acordo com a tese 3 do Tema 1.199 do STF.

4. Acontece que o STF, posteriormente, ampliou a abrangência do Tema 1.199/STF, a exemplo do que ocorreu no ARE 803568 AgR-segundo-EDv-ED, admitindo que a norma mais benéfica prevista na Lei n. 14.230/2021, decorrente da revogação (naquele caso, tratava-se de discussão sobre o art. 11 da LIA), poderia ser aplicada aos processos em curso.

5. Tal como aconteceu com a modalidade culposa e com os incisos I e II do art. 11 da LIA (questões diretamente examinadas pelo STF), a conduta ímproba escorada em dolo genérico (tema ainda não examinado pelo

Supremo) também foi revogada pela Lei n. 14.230/2021, pelo que deve receber rigorosamente o mesmo tratamento.

6. Hipótese em que há outros pontos relevantes do processo em exame:

i) não se está a rever matéria fática para concluir pela existência ou não do dolo específico; ii) na espécie, o Tribunal de origem categoricamente entendeu não existir tal modalidade (dolo específico) de elemento subjetivo e, por isso, concluiu estar ausente o ato ímprobo; iii): não se está diante de hipótese em que houve condenação por dolo sem se especificar qual tipo (se genérico ou específico), mas sim diante da afirmação expressa da instância ordinária de que não houve dolo específico, não podendo haver condenação.

7. Recurso especial não provido.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 23 de abril de 2024.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 2.107.601 / MG (2023/0396609-1)

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: JOÃO GUTEMBERGUE DE CASTRO

ADVOGADOS: CELCIMAR CARDOSO GARCIA - MG094301

ANA LAURA FREIRIA SILVA OLIVEIRA - MG183358

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.230/2021. RESPONSABILIZAÇÃO POR DOLO GENÉRICO. REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. A questão jurídica referente à aplicação da Lei n. 14.230/2021 em especial, no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa e da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente – teve a repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199 do STF).

2. A despeito de ser reconhecida a irretroatividade da norma mais benéfica advinda da Lei n. 14.230/2021, que revogou a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, o STF autorizou a aplicação da lei nova, quanto a tal aspecto, aos processos ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada.

3. A Primeira Turma desta Corte Superior, no julgamento do AREsp 2.031.414/MG, em 9/5/2023, firmou a orientação de conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da LIA (com a redação da Lei n. 14.230/2021), adstrita aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado, de acordo com a tese 3 do Tema 1.199 do STF.

4. Acontece que o STF, posteriormente, ampliou a abrangência do Tema 1.199/STF, a exemplo do que ocorreu no ARE 803568 AgRsegundo- EDv-ED, admitindo que a norma mais benéfica prevista na Lei n. 14.230/2021, decorrente da revogação (naquele caso, tratava-se de discussão sobre o art. 11 da LIA), poderia ser aplicada aos processos em curso.

5. Tal como aconteceu com a modalidade culposa e com os incisos I e II do art. 11 da LIA (questões diretamente examinadas pelo STF), a conduta ímproba escorada em dolo genérico (tema ainda não examinado pelo Supremo) também foi revogada pela Lei n. 14.230/2021, pelo que deve receber rigorosamente o mesmo tratamento.

6. Hipótese em que há outros pontos relevantes do processo em exame: i) não se está a rever matéria fática para concluir pela existência ou não do dolo específico; ii) na espécie, o Tribunal de origem categoricamente entendeu não existir tal modalidade (dolo específico) de elemento subjetivo e, por isso, concluiu estar ausente o ato ímprobo; iii): não

se está diante de hipótese em que houve condenação por dolo sem se especificar qual tipo (se genérico ou específico), mas sim diante da afirmação expressa da instância ordinária de que não houve dolo específico, não podendo haver condenação.

7. Recurso especial não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra acórdão do Tribunal de Justiça/MG assim ementado (e-STJ fl. 2.373):

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOAÇÃO DE LOTES – DOLO NÃO DEMONSTRADO – INQUÉRITO CIVIL – NATUREZA INQUISITIVA – VALOR PROBATÓRIO RELATIVO – PROVA MÍNIMA. Após o advento da Lei 14.230/21 que alterou a Lei 8.429/92, só ocorre ato de improbidade administrativa se restar demonstrado o dolo específico do agente em causar dano aos cofres da administração pública em benefício próprio ou alheio, não mais comportando a figura do dolo genérico. Caberia ao Ministério Público fazer prova mínima de seu direito, a teor do que disciplina o inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil, tais como, contracheques ou escrituras para comprovar o alegado, não sendo suficiente os depoimentos colhidos em fase inquisitorial ou a mera acusação, porquanto os depoimentos colhidos em inquérito civil possuem valor relativo de prova em razão de sua produção unilateral, pendendo de corroboração de outras provas. Sendo insuficientes as provas produzidas pelo Ministério Público para evidenciar o dolo específico do apelado em obter vantagem indevida para si ou para outrem em prejuízo do erário, merece reforma a sentença.

A parte recorrente defende, preliminarmente, violação do art. 1.022, II, do CPC, como forma de atender ao prequestionamento disciplinado no art. 1.025 do mesmo código.

Sustenta, ainda, que o acórdão violou o art. 6º da LINDB e 1º, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), sob a alegação de não ser possível retroagir a aplicação da Lei n. 14.230/2021 com relação à exigência do dolo específico para a configuração do ato ímprobo.

Argumenta, na realidade, que “o dolo previsto e exigido no § 2º, do art. 1º, da Lei 8.429/92, é, meramente, o dolo direto, consistente na vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito” e que “tal dispositivo não consagra nem impõe o pretendido ‘dolo qualificado’, até porque tal instituto, na verdade, caracteriza-se por ser uma especial finalidade do agente descrita no tipo incriminador (‘para fins de’)”.

Contrarrazões (e-STJ fls. 2.431/2.444).

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do apelo nobre (e-STJ fls. 2.462/2.472).

VOTO

Adianto que, no meu entender, o recurso não deve ser provido.

Inicialmente, verifico que a parte recorrente suscitou a violação do art. 1.022, II, do CPC, para que seja anulado o acórdão que julgou os aclaratórios ou, alternativamente, para que seja possibilitada a aplicação do art. 1.025 do CPC, com a finalidade de atender o requisito de prequestionamento da matéria.

No caso, observo que está presente a segunda condição (prequestionamento), pois os artigos tidos por violados foram implicitamente prequestionados quando do julgamento dos aclaratórios (e-STJ fls. 2.401/2.406), autorizando o exame do mérito em si da questão, tal como pretende o órgão ministerial.

Sobre a matéria de fundo discutida no presente apelo especial, registro que a questão jurídica referente à aplicação da Lei n. 14.230/2021 – em especial, no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa e da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente – teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199 do STF). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 18/8/2022, apreciando essa questão, fixou, por unanimidade, as seguintes teses:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Mesmo após o referido julgamento, tive oportunidade de, em artigo doutrinário, consignar que ainda “havia fundadas vozes defendendo que a controvérsia (sobre a [ir] retroatividade) em exame não foi definitivamente solucionada” (FARIA, Luiz Alberto Gurgel; FONTE, Rodrigo Maia da. Retroatividade da Lei n. 14.230/2021: O alcance do tema 1199/STF à luz do STJ. (In: Marília Carvalho Neves Ferros; Samuel Rodrigues de Miranda Neto; Fernando Caldas Bivar Neto; Lázaro Reis Pinheiro Silva. (Org.). *Ensaio em Direito Público: Os 10 anos da Ministra Regina Helena Costa no Superior Tribunal de Justiça*. 1. ed. Londrina: Thoth, 2023, v. 1, p. 469-479).

Na ocasião, destaquei:

Ilustrativamente, note-se que a tese jurídica a qual retrata os limites do supracitado precedente expressamente cuida da possibilidade da retroatividade mais benéfica para os casos em que a nova lei excluiu a modalidade culposa. Mas aquela (tese) não faz menção a outros pontos em que houve alterações benéficas na Lei de Improbidade Administrativa, e que, a rigor, não estariam inseridos no comando vinculativo. *Por exemplo, não estão contidos na síntese do Tema 1199/STF os casos em que possivelmente houve a extinção do ato ímprobo por abolição (v.g. as ações que se inseriam no comando do caput do art. 11, sendo que atualmente se fala em necessidade de previsão específica nos incisos do dispositivo) ou quando se admitia o dolo genérico.* Assim, mantém-se plenamente viva a discussão sobre os efeitos das demais alterações benéficas em relação à coisa julgada e às ações em andamento, que, como dito, na visão dos autores deste texto, deveria seguir a lógica empregada em relação à exclusão do elemento subjetivo culposos, embora tal conclusão não se extraia expressamente do Tema 1199/STF. (Grifos acrescentados),

Diante desse contexto, a Primeira Turma desta Corte Superior, buscando, no âmbito da sua competência infraconstitucional, promover interpretação ao precedente do Supremo, no julgamento do AREsp 2.031.414/MG, por maioria – fiquei vencido –, firmou orientação no sentido de conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da NLIA, adstrita aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado, de acordo com a tese 3 do Tema 1.199 do STF.

Acontece que, a despeito de tal entendimento deste Colegiado, a Suprema Corte, em momento posterior, ampliou a aplicação da referida tese às alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021 no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado, nos termos dos seguintes precedentes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADVENTO DA LEI 14.231/2021. INTELIGÊNCIA DO ARE 843989 (TEMA 1.199). INCIDÊNCIA IMEDIATA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 AOS PROCESSOS EM CURSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.

1. A Lei 14.231/2021 alterou profundamente o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Lei 8.249/1992, art. 11), promovendo, dentre outros, a abolição da hipótese de responsabilização por violação genérica aos princípios discriminados no *caput* do art. 11 da Lei 8.249/1992 e passando a prever a tipificação taxativa dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, discriminada exaustivamente nos incisos do referido dispositivo legal.

2. No julgamento do ARE 843989 (Tema 1.199), o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações da introduzidas pela Lei 14.231/2021 para fins de incidência em face da coisa julgada ou durante o processo de execução das penas e seus incidentes, mas ressaltou exceção de retroatividade para casos como o presente, em que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade.
3. As alterações promovidas pela Lei 14.231/2021 ao art. 11 da Lei 8.249/1992 aplicam-se aos atos de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado.
4. Tendo em vista que (i) o Tribunal de origem condenou o recorrente por conduta subsumida exclusivamente ao disposto no inciso I do art. 11 da Lei 8.429/1992 e que (ii) a Lei 14.231/2021 revogou o referido dispositivo e a hipótese típica até então nele prevista ao mesmo tempo em que (iii) passou a prever a tipificação taxativa dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, imperiosa a reforma do acórdão recorrido para considerar impropriedade a pretensão autoral no tocante ao recorrente.
5. Impossível, no caso concreto, eventual reenquadramento do ato apontado como ilícito nas previsões contidas no art. 9º ou 10º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/1992), pois o autor da demanda, na peça inicial, não requereu a condenação do recorrente como incurso no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa e o próprio acórdão recorrido, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, afastou a possibilidade de condenação do recorrente pelo art. 10, sem que houvesse qualquer impugnação do titular da ação civil pública quanto ao ponto.
6. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para, reformando o acórdão embargado, dar provimento aos embargos de divergência, ao agravo regimental e ao recurso extraordinário com agravo, a fim de extinguir a presente ação civil pública por improbidade administrativa no tocante ao recorrente. (ARE 803568 AgR-segundo-EDv-ED, relator para Acórdão Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 06/09/2023).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 14.231/2021: ALTERAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. TEMA 1.199 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

I - No julgamento do ARE 843.989/PR (Tema 1.199 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações promovidas pela Lei n. 14.231/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), mas permitiu a aplicação das modificações implementadas pela lei

mais recente aos atos de improbidade praticados na vigência do texto anterior nos casos sem condenação com trânsito em julgado.

II - O entendimento firmado no Tema 1.199 da Repercussão Geral aplica-se ao caso de ato de improbidade administrativa fundado no revogado art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado.

III - Agravo improvido. (RE 1452533 AgR, relator Min. CRISTIANO ZANIN, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/11/2023).

A propósito do tema, vale transcrever excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, relator para acórdão do julgado do RE 1.452.533 AgR, acima referido:

Ocorre que a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei 14.230/21 revogou o postulado pelo qual condenado o recorrente, deixando de considerar a hipótese anteriormente prevista no art. 11, I, como fato típico, sem que outro semelhante fosse editado para caracterizar a continuidade típico-normativa da matéria.

[...]

Ao apreciar a questão relativa à aplicação retroativa das novas disposições trazidas pela Lei 14.230/2021 sobre o dolo e a prescrição na ação de improbidade administrativa, este Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 843.989-RG, Rel. Min. Alexandre de Moraes (Tema 1.199-RG), na Sessão Plenária de 18.8.2022, fixou as seguintes teses, conforme se extrai da referida ata de julgamento:

[...]

Na oportunidade daquele julgamento, o Relator, Min. Alexandre de Moraes, assentou que *a norma mais benéfica prevista na Lei 14.230/2021, decorrente da revogação de uma modalidade típica que acarretaria condenação* – naquele caso, a modalidade culposa, *aplica-se aos atos praticados na vigência da lei anterior*, desde que não haja condenação transitada em julgado ou não esteja o processo em fase de execução de penas e seus incidentes.

[...]

O entendimento consagrado naquele julgado paradigmático da repercussão geral – no sentido da impossibilidade de aplicação de norma legal expressamente revogada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória –, se aplica perfeitamente ao caso em questão, em que revogado o inciso I do art. 11. (Grifos acrescidos).

Ou seja, o próprio Supremo ampliou a abrangência do Tema 1.199 do STF, admitindo que a norma mais benéfica prevista na Lei n. 14.230/2021, decorrente da revogação (no caso, o STF tratava de discussão sobre o art. 11 da LIA), poderia ser aplicada aos processos em curso.

Com isso, temos o seguinte cenário: a) no bojo do julgamento em si do Tema 1.199/STF, o Supremo admitiu que “a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior”; e b) na sequência, interpretando seu próprio precedente e seguindo a mesma inteligência (de aplicar a norma nova mais benéfica decorrente de revogação), afastou a condenação por ato de improbidade que se subsumia à antiga norma do art. 11, I e II, da LIA.

Na minha visão, portanto, a despeito da primeira orientação desta Turma (de limitação interpretativa do Tema 1.199 do STF), penso que se mantém claramente viva a seguinte discussão jurídica: é possível a aplicação da Lei n. 14.230/2021, com relação à exigência do dolo específico para a configuração do ato ímprobo, aos processos em curso?

E, nesse contexto, compreendo que a resposta para indagação acima é seguramente positiva.

Tal como aconteceu com a modalidade culposa e com os incisos I e II do art. 11 da LIA (questões diretamente examinadas pelo STF), a conduta ímproba escorada em dolo genérico (tema ainda não examinado pelo Supremo) também foi revogada pela Lei n. 14.230/2021, pelo que, a meu ver, deve receber rigorosamente o mesmo tratamento.

Aliás, no item 3 da Tese do Tema 1.199 do STF consta que “a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”.

Ora, se o referido item está a tratar da impossibilidade de manutenção da condenação por culpa (porque revogada tal modalidade), sendo o caso de examinar o eventual “dolo”, compreendo que o “dolo” a que está se referindo o precedente é o especial, pois, como disse, o “dolo genérico”, da mesma forma que a culpa (examinada no item), também foi revogado pela nova lei.

Do contrário, poder-se-ia ensejar situação de possível incongruência, qual seja: afastar a condenação por culpa (porque revogada pela nova lei) e, na mesma decisão, determinar o retorno dos autos à origem para que se permitisse a substituição do ato condenatório com fundamento em elemento subjetivo igualmente revogado (o dolo geral).

Ainda sobre o dolo, entendo que não pode prevalecer o argumento do órgão ministerial de que a nova lei não o exigiu na forma específica.

Novamente em sede doutrinária, já tive oportunidade de me manifestar no sentido de que “não basta a vontade livre e consciente, normalmente atrelada ao dolo geral, mas exige-se no mínimo uma qualificação ao elemento subjetivo, qual seja: a intenção de alcançar o resultado ilícito” (FARIA, Luiz Alberto Gurgel; FONTE, Rodrigo Maia da. Atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário: as alterações feitas no Artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 e a busca pela segurança jurídica. In: Fábio Scopel Vanin; Ilton Noberto Robl Filho; Wesley Rocha. (Org.). *Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/2021: Comentários e análise comparativa*. 1. ed. São Paulo: Almeidina, 2024, v. 1, p. 129-145).

Aliás, externei o mesmo raciocínio quando relator do REsp 1926832, julgado em caráter representativo de controvérsia, podendo-se extrair da ementa do referido aresto que “o afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de

identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, *ex vi* do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.429/1992, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado”.

A propósito, o julgamento do referido precedente se operou à unanimidade, sendo, pois, o entendimento prevalecente na Primeira Seção do STJ, orientação que deve ser prestigiada no presente caso.

Deve-se salientar, ainda, outro ponto relevante do processo em exame: não se está aqui a rever matéria fática para concluir pela existência ou não do dolo específico. Isso porque, na espécie, o Tribunal de origem categoricamente entendeu não existir tal modalidade (dolo específico) de elemento subjetivo e, por isso, concluiu estar ausente o ato ímprobo.

Dito de outra forma, não estamos diante de hipótese em que houve condenação por dolo sem se especificar qual tipo (se genérico ou específico), mas sim diante da afirmação expressa da instância ordinária de que não houve dolo específico.

Essa distinção é importante, porque, se não houvesse a expressa conclusão da origem sobre o tipo do dolo (casos comumente devolvidos ao STJ), provavelmente não seria possível a esta Corte, na instância especial, divisar a modalidade do elemento subjetivo (se genérico ou específico), em razão do óbice da Súmula 7 do STJ, o que, repita-se, não é o caso destes autos.

Inclusive, quanto ao supracitado verbete sumular, verifica-se que, no particular, rever o entendimento da Corte local, para chegar à conclusão de que o dolo específico estaria presente, nem sequer seria possível, porque aí sim seria necessário revolver a prova dos autos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2023/0396609-1

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 2.107.601 / MG

**Números Origem: 00204761620178130555 10555170020476001 10555170020476002
10555170020476003 204761620178130555**

PAUTA: 23/04/2024

JULGADO: 23/04/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: JOÃO GUTEMBERGUE DE CASTRO

ADVOGADOS: CELCIMAR CARDOSO GARCIA - MG094301

ANA LAURA FREIRIA SILVA OLIVEIRA - MG183358

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos - Improbidade Administrativa - Violação dos Princípios Administrativos

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 recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

RECURSO ESPECIAL Nº 2137415/ SÃO PAULO (2024/0136744-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: S S D

RECORRENTE: S F DE M

ADVOGADO: ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONÇA - SP167704

RECORRIDO: NÃO CONSTA

INTERES.: I B DE D DE F I - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: MARIA BERENICE DIAS - RS074024

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA - MG037728

RONNER BOTELHO SOARES - MG117094

INTERES.: I B DE D C I - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO - RJ041245

HELOISA HELENA GOMES BARBOZA - RJ028044

JOÃO QUINELATO DE QUEIROZ - RJ188831

VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR - RJ163045

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALVARÁ. REGISTRO DE DUPLA MATERNIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE. ART. 1.597, V, DO CC/2002. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Ação de alvará, ajuizada em 07/06/2022, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/11/2023 e concluso ao gabinete em 26/04/2024.

2. O propósito recursal consiste em definir se é possível presumir a maternidade de mãe não biológica de criança gerada por inseminação artificial "caseira" no curso de união estável homoafetiva, a teor do art. 1.597, V, do Código Civil.

3. Não há negativa de prestação jurisdicional quando o tribunal de origem examina, de forma fundamentada, a questão submetida à apreciação judicial e na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Precedentes.

4. Para que se verifique a presunção de filiação prevista no art. 1.597, V, do CC/2002, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (I) a concepção da criança na constância do casamento; (II) a

utilização da técnica de inseminação artificial heteróloga; e (III) a prévia autorização do marido.

5. Verificada a concepção de filho no curso de convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituição de família, viável a aplicação análoga do disposto no art. 1.597, do Código Civil, às uniões estáveis hétero e homoafetivas, em atenção à equiparação promovida pelo julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Conquanto o acompanhamento médico e de clínicas especializadas seja de extrema relevância para o planejamento da concepção por meio de técnicas de reprodução assistida, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao registro de filiação realizada por meio de inseminação artificial “caseira”, também denominada “autoinseminação”. Ao contrário, a interpretação do art. 1.597, V, do CC/2002, à luz dos princípios que norteiam o livre planejamento familiar e o melhor interesse da criança, indica que a inseminação artificial “caseira” é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

7. No recurso sob julgamento, preenchidos, simultaneamente, todos os requisitos do art. 1.597, V, do Código Civil, presume-se a maternidade de J por S F DE M.

8. Recurso especial conhecido e provido para autorizar o registro da maternidade de S F DE M e seus ascendentes no assento de nascimento de J, dispensando-se a necessidade de apresentação do documento exigido pelo art. 513, II, do Provimento 149/2023 do CNJ, com seus jurídicos e legais efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 15 de outubro de 2024.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2137415/ SP (2024/0136744-9)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: S S D

RECORRENTE: S F DE M

ADVOGADO: ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONÇA - SP167704

RECORRIDO: NÃO CONSTA

INTERES.: I B DE D DE F I - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: MARIA BERENICE DIAS - RS074024

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA - MG037728

RONNER BOTELHO SOARES - MG117094

INTERES.: I B DE D C I - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO - RJ041245

HELOISA HELENA GOMES BARBOZA - RJ028044

JOÃO QUINELATO DE QUEIROZ - RJ188831

VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR - RJ163045

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALVARÁ. REGISTRO DE DUPLA MATERNIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE. ART. 1.597, V, DO CC/2002. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Ação de alvará, ajuizada em 07/06/2022, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/11/2023 e concluso ao gabinete em 26/04/2024.

2. O propósito recursal consiste em definir se é possível presumir a maternidade de mãe não biológica de criança gerada por inseminação artificial “caseira” no curso de união estável homoafetiva, a teor do art. 1.597, V, do Código Civil.

3. Não há negativa de prestação jurisdicional quando o tribunal de origem examina, de forma fundamentada, a questão submetida à apreciação judicial e na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Precedentes.

4. Para que se verifique a presunção de filiação prevista no art. 1.597, V, do CC/2002, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (I) a concepção da criança na constância do casamento; (II) a utilização da técnica de inseminação artificial heteróloga; e (III) a prévia autorização do marido.

5. Verificada a concepção de filho no curso de convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituição de família, viável a aplicação análoga do disposto no art. 1.597, do Código Civil, às uniões estáveis hétero e homoafetivas, em atenção à equiparação promovida pelo julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal.

6. Conquanto o acompanhamento médico e de clínicas especializadas seja de extrema relevância para o planejamento da concepção por meio de técnicas de reprodução assistida, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao registro de filiação realizada por meio de inseminação artificial “caseira”, também denominada “autoinseminação”. Ao contrário, a interpretação do art. 1.597, V, do CC/2002, à luz dos princípios que norteiam o livre planejamento familiar e o melhor interesse da criança, indica que a inseminação artificial “caseira” é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

7. No recurso sob julgamento, preenchidos, simultaneamente, todos os requisitos do art. 1.597, V, do Código Civil, presume-se a maternidade de J por S F D E M.

8. Recurso especial conhecido e provido para autorizar o registro da maternidade de S F D E M e seus ascendentes no assento de nascimento de J, dispensando-se a necessidade de apresentação do documento exigido pelo art. 513, II, do Provimento 149/2023 do CNJ, com seus jurídicos e legais efeitos.

RELATÓRIO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI

Examina-se recurso especial interposto por S S D e S F DE M, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, em face de acórdão do TJ/SP que, por maioria de votos, negou provimento à apelação por elas interposta.

Recurso especial interposto em: 14/11/2023.

Concluso ao gabinete em: 26/04/2024.

Ação: de alvará, ajuizada por S S D e S F DE M, em que requerem, em síntese: (I) seja deferida expedição de “declaração futura acerca do estado que o feto gestado nascer”, sinalizando a sua dupla maternidade; ou, alternativamente, (II) autorização para que a certidão de nascimento da criança seja lavrada em nome de ambas as requerentes, conforme art. 17, §1º, do Provimento 63 do CNJ; ou, na eventualidade da decisão ser proferida após o seu nascimento, (III) a autorização para a adequação da certidão de nascimento, caso já lavrada, para acréscimo do nome da genitora não gestante e seus ascendentes (e-STJ fls. 1-21).

Sentença: de improcedência, tendo em vista a ausência de fundamento legal para o pedido (e-STJ fls. 299-301).

Acórdão: o TJ/SP, por maioria de votos, negou provimento à apelação interposta pelas requerentes, entendendo que o método por elas adotado contrariaria o previsto na Resolução 2.294/2021 do CFM e Provimento 63/2017 do CNJ, confirmando a sentença, conforme julgamento abaixo ementado:

ACÇÃO DECLARATÓRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – AUTORAS UTILIZARAM MÉTODO DE “INSEMINAÇÃO CASEIRA” – PRETENSÃO DE DUPLA MATERNIDADE NO REGISTRO DO FILHO QUE ESTÁ SENDO GERADO POR UMA DAS AUTORAS – DESCABIMENTO – PROCEDIMENTO CASEIRO NÃO REGULAMENTADO NO ORDENAMENTO PÁTRIO IMPEDE O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (e-STJ fls. 376/380)

Embargos de declaração: opostos pelas recorrentes, foram rejeitados (e-STJ fls. 401-405).

Recurso especial: apontam violação aos arts. (I) 11 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal, sob o fundamento de que o acórdão recorrido incorreu em negativa de prestação jurisdicional, ante a ausência de fundamentação; (II) 4º da LINDB, tendo em vista a possibilidade de decisão fundamentada em analogia, costumes e princípios gerais de direito; e (III) 1.597, V, do Código Civil pois, ante a ausência de regulamentação expressa acerca da hipótese de registro de criança gerada por inseminação artificial caseira, deve-se aplicar analogicamente o contido naquele dispositivo; além de (IV) dissídio jurisprudencial (e-STJ fls. 428-456).

Decisão de admissibilidade: admitiu o recurso especial pelo art. 105, III, “a”, da Constituição Federal e não o admitiu pela alínea “c” do permissivo, diante da ausência de cotejo analítico dos paradigmas invocados (e-STJ fls. 518- 520).

Parecer do MPF: opinou pelo não conhecimento do recurso especial (e-STJ fls. 540/546).

Petição do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil): admitido como *amicus curiae* em 23/09/2024 (e-STJ fls. 678/679).

Petição do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): admitido como *amicus curiae* em 23/09/2024 (e-STJ fls. 680/681). Razões escritas apresentadas em 16/09/2024 (e-STJ fls. 593/602).

É o relatório.

VOTO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI

O propósito recursal consiste em definir se é possível presumir a maternidade de mãe não biológica de criança gerada por inseminação artificial “caseira” no curso de união estável homoafetiva, a teor do art. 1.597, V, do Código Civil.

1. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há ofensa ao art. 1.022 do CPC quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. Confira-se: AgInt no REsp 1.956.582/RJ, Terceira Turma, DJe 9/12/2021; e AgInt no AREsp 1.518.178/MG, Quarta Turma, DJe 16/3/2020.

2. Na hipótese, o acórdão recorrido decidiu, fundamentada e expressamente, acerca das questões que lhe foram submetidas, de maneira que os embargos de declaração opostos pelas recorrentes, de fato, não comportavam acolhimento. Assim, ausente qualquer nulidade no acórdão recorrido, não se verifica a alegada violação do art. 11 do CPC c/c 93, IX, da Constituição Federal.

3. No mais, sabe-se que o julgador não está obrigado a responder a todos os fundamentos apresentados pelas partes quando houver motivos suficientes para proferir a sua decisão (AgInt no REsp 1920967/SP, Terceira Turma, DJe 05/05/2021; e AgInt no AREsp 1382885/SP, Quarta Turma, DJe 29/04/2021).

4. Portanto, devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não se verifica, tampouco, violação do art. 489, § 1º, do CPC.

2. DA RECONSTRUÇÃO CONTEXTUAL

5. As recorrentes narraram manter entre si união estável, tendo sido lavrada escritura pública de união homoafetiva em 11/12/2018.

6. A recorrente S S D foi fecundada sem conjunção carnal, mediante a utilização de gametas doados por um terceiro, ao que denominaram “inseminação artificial caseira”. Quando S S D estava gestante de 32 semanas, ajuizaram pedido de alvará para que fosse autorizado o registro da dupla maternidade da criança concebida na constância da sua união.

7. Ao longo do trâmite da ação ainda em primeiro grau de jurisdição, notificaram nos autos o nascimento de J, nascida com vida em 25/07/2022.

3. DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

8. O art. 226, §7º da Constituição Federal, reconhece expressamente o planejamento familiar como de livre decisão do casal, fundado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável.

9. Na legislação federal, o art. 1.565, §2º do Código Civil, igualmente reconhece o planejamento familiar como de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar

recursos para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

10. O princípio do livre planejamento familiar vai ao encontro da perspectiva de “transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana” (REsp 1008398/SP, Terceira Turma, DJe 18/11/2009).

11. Com efeito, o direito à filiação integra uma parcela significativa dos direitos da personalidade, indissociável do conceito de dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

12. Nesse contexto, a filiação vem passando por processo de transformação, acompanhando as modificações sociais. Conforme leciona João Baptista Villela, “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural” (VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense, v. 271, a. 76, 1980. p. 45).

13. Na prática social, as técnicas de reprodução assistida vêm sendo cada vez mais adotadas por casais homoafetivos, para que possam realizar o sonho de formar uma família:

A fantástica evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de reprodução assistida embalam o sonho de qualquer pessoa que deseja ter um filho, não sendo mais possível limitar os vínculos de parentesco à verdade biológica. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. p. 612)

14. Assim, embora inexistir expressa previsão legal permitindo o registro de criança gerada por inseminação artificial “caseira”, tal fato não pode ser óbice à proteção do Estado dos direitos da criança e do adolescente – estes, sim, assegurados expressamente em lei.

15. Deve o melhor interesse da criança nortear a interpretação do texto legal, afinal, “nas ações que envolvem a filiação e a situação de menores, é imprescindível que haja o profundo, pormenorizado e casuístico exame dos fatos da causa, pois quando se julgam as pessoas, e não os fatos, normalmente há um prejudicial distanciamento daquele que deve ser o maior foco de todas as atenções: a criança” (REsp 1.878.043/SP, Terceira Turma, DJe 16/09/2020).

16. Ademais, é consabido que a adoção de técnicas de procriação medicamente assistida, conquanto extremamente relevantes para o auxílio de casais com problemas de concepção, também podem ser inacessíveis financeiramente.

17. Já em 1996 Álvaro Villaça Azevedo chamava atenção aos altos custos de procedimentos médicos de reprodução humana assistida:

A reprodução humana assistida vem sendo realizada, no mundo, com experiências as mais desastrosas, chegando-se ao cúmulo de transformar essa atividade em verdadeira prática comercial, como nos Estados Unidos

da América do Norte, em que uma inseminação chega a tabelar-se em US\$ 20,000 (US\$ 10,000, para a mãe de aluguel; US\$6,000, para o advogado cuidar do respectivo processo; e US\$ 4,000, para o trabalho médico), quando se sabe que, em média, o sucesso de cada tentativa, considerando a mais aprimorada técnica, de caráter internacional, não ultrapassa 18%. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. In: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 729, jul. 1996. P. 43 – 51. p. 44)

18. Da mesma forma, ressaltam Cabral, Silva e Almeida:

Os casais a escolhem em busca da realização de um sonho que não pode ser alcançado em virtude de questões financeiras, pois os procedimentos de inseminação artificial custam em média R\$ 25 mil reais, enquanto os custos da inseminação caseira são baixos. (CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SILVA, Karla de Melo; ALMEIDA, João Carlos de Aquino. Vulnerabilidade na Saúde da Família e a autoinseminação. In: Tratado de Bioética Jurídica, Org. NOVAIS, Alinne Arquette Leite; CABRAL. Hideliza Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi. São Paulo: Almedina, 2022, p. 371-389. p. 379)

19. Assim, conquanto o acompanhamento médico e de clínicas especializadas seja de extrema relevância para o planejamento da concepção por meio de técnicas de inseminação artificial, negar o reconhecimento da filiação gerada de forma “caseira” seria negar o reconhecimento de famílias que não possuem condições financeiras de arcar com os altos custos dos procedimentos médicos. Desigualdade social que não poderia ser ratificada pelo poder judiciário.

4. DA PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO PELA ENTIDADE FAMILIAR

20. Dispõe o art. 1.597, V, do Código Civil, que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

21. Assim, para que se verifique a presunção de filiação prevista no referido dispositivo, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (I) a concepção da criança na constância do casamento; (II) a utilização da técnica de inseminação artificial heteróloga; e (III) a prévia autorização do marido.

4.1. Da concepção da criança na constância do casamento e aplicação análoga do instituto à união estável

22. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecendo proteção do Estado, consoante art. 226, §3º, da Constituição Federal. Inclusive, já entendeu essa Corte pela possibilidade de interpretação sistemática das disposições contidas no art. 1.597 do Código Civil ao regime de união estável (REsp 1.194.059/SP, Terceira Turma, DJe 14/11/2012).

23. A união estável entre pessoas do mesmo sexo, por sua vez, sofreu equiparação às uniões estáveis entre homens e mulheres, quando, em maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, julgou conjuntamente a ADI 4277 e ADPF 132, para reconhecer a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

24. Registra-se que o Superior Tribunal de Justiça já há muito considera a união estável havida entre pessoas do mesmo sexo análoga às uniões entre pessoas de sexo diferentes. Nesse sentido: REsp 1.026.981/RJ, Terceira Turma; DJe 23/02/2010; REsp 238.715/RS, Terceira Turma, DJe 02/10/2006.

25. A equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas trouxe, como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional. Afinal, “se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual” (RESP 128.1093/SP, Terceira Turma, DJe 04/02/2013).

26. Assim, verificada a concepção de filho no curso de convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituição de família, viável a aplicação análoga do disposto no art. 1.597, do Código Civil, igualmente à união estável hétero e homoafetiva.

4.2. Da inseminação artificial heteróloga

27. A reprodução humana assistida diz respeito à tecnologia criada pela ciência, com o objetivo de viabilizar a realização do projeto parental por pessoas que desejam ter filhos, mas que, por algum motivo, não possuem condições para a fertilização natural.

28. As novas técnicas propiciam a grupos sociais afastados do discurso político o exercício ao livre planejamento familiar, previsto no art. 226 da Constituição Federal. Conforme leciona Rolf Madaleno:

E o desejo de formar família pode ser atendido com o uso das técnicas de reprodução assistida, sendo certo que o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa para ditar de que forma ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um,⁵³ e o artigo 227 da Carta Federal é o berço dos direitos fundamentais do menor, ao lhe assegurar, por meio da família, da sociedade e do Estado, dentre vários outros, o direito à convivência familiar, além de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, crueldade ou de opressão. (MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 216)

29. Ao aconselhar os profissionais médicos atuantes na área da reprodução assistida, a Resolução 2.320/2022 do CFM considera a viabilidade da utilização da técnica por casais homoafetivos femininos, permitindo a possibilidade de gestação compartilhada entre o casal homoafetivo feminino, situação em que o embrião de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira:

II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

[...]

É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

30. As técnicas de inseminação artificial podem ser realizadas de forma homóloga, em que o material genético utilizado é o do próprio casal, técnica prevista no art. 1.597, incisos III e IV, ou heteróloga, em que se utiliza material genético doado por terceiro, prevista no inciso V do mesmo dispositivo (MADALENO, Rofl. Manual de direito de família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 213).

31. A técnica de inseminação artificial heteróloga, em regra, é realizada por meio de auxílio médico, com a utilização de gametas de doador anônimo. No entanto, são cada vez mais comuns casos noticiados de inseminação artificial heteróloga caseira, realizada sem o intermédio de um profissional médico, a partir da utilização de gametas doados por terceiro (CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; SILVA, Karla de Melo; ALMEIDA, João Carlos de Aquino. Vulnerabilidade na Saúde da Família e a autoinseminação. In: Tratado de Bioética Jurídica, Org. NOVAIS, Alinne Arquette Leite; CABRAL, Hildeliza Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi. São Paulo: Almedina, 2022, p. 371-389).

32. Ainda que a técnica não seja recomendada pelo Conselho Federal de Medicina, por apresentar possíveis riscos à saúde da gestante e da criança assim gerada, Daniela Paiano ressalta o crescimento da técnica reprodutiva na sociedade brasileira, sendo adotada especialmente por casais homoafetivos (PAIANO, Daniela Braga. Reprodução assistida: considerações sobre a autoinseminação e suas implicações jurídicas e as alterações trazidas pela Resolução n. 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 1–21, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/732>. Acesso em: 25 set. 2024).

33. Assim, se a gestação realizada por meio de técnica de inseminação artificial heteróloga foi planejada no curso da união estável homoafetiva, presentes os requisitos previstos no art. 1597, V, do Código Civil, deve, pois, ser reconhecida a filiação, conforme leciona Mônica Rodrigues Cuneo:

Do contrário, pergunta-se: quem seriam os pais da criança gerada pela companheira da requerente? Se ao doador é garantido o anonimato, não havendo qualquer vínculo entre este e a criança, se a gestação foi desejada, sonhada e planejada pela autora da ação e sua companheira, se a concepção ocorreu durante a constância da união, se ambas mantêm união homoafetiva duradoura, ostensiva, pública e com *intuitu familiae*, qualquer resposta que não reconheça que o bebê tem duas mães está se deixando levar pelo preconceito. (CUNEO, Mônica Rodrigues. Presunção do estado de filiação nas famílias homoafetivas. In: Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ. N° 32. abr./jun. 2009, p. 168)

34. A respeito do reconhecimento de dupla maternidade, já decidiu essa Corte pela possibilidade de adoção de crianças por casal homoafetivo feminino, uma vez que, nessas situações, “está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo” e, portanto, o reconhecimento da filiação deve ser analisado à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (REsp 889852/RS, Quarta Turma, DJe 10/08/2010).

35. Dessa forma, possível a aplicação de analogia, conforme art. 4º da LINDB, para reconhecer a possibilidade de presunção de filho gerado por inseminação artificial caseira no curso de união estável homoafetiva, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo art. 1.597, V, do CC/2002.

4.3. Da autorização de cônjuge ou companheiro(a)

36. O art. 1.597, inciso V, *in fine*, prevê a necessidade de autorização prévia “do marido”, que se estende ao companheiro ou companheira.

37. Não há, na legislação federal, previsão expressa acerca da forma do consentimento de cônjuge ou companheiro(a) a respeito da técnica de reprodução assistida adotada, podendo se dar até mesmo oralmente, conforme leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

Para que o procedimento seja autorizado, desnecessária a comprovação de esterilidade do marido ou qualquer tipo de incapacidade psíquica ou física de procriar. O requisito para utilização de material genético de terceiro é apenas o consentimento prévio de um dos parceiros da relação conjugal. Tal autorização não precisa ser necessariamente escrita, apenas prévia, podendo até ser feita oralmente. Se a mulher for casada, o marido, por presunção legal, será o pai, não podendo ele negar a paternidade em razão da origem genética, ou interpor ação de investigação de paternidade, com idêntico fundamento, caso tenha consentido o procedimento. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. 5 ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 398)

38. Assim, o consentimento prévio de cônjuge ou companheiro(a) acerca da utilização de técnica de reprodução assistida para geração de filho gera presunção absoluta de paternidade ou maternidade, não podendo ser impugnada. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A manifestação do cônjuge ou companheiro corresponde a uma adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois a filiação não pode ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. p. 647/648)

39. Portanto, na inseminação artificial heteróloga havida na constância do relacionamento, a presunção da maternidade ou paternidade do(a) cônjuge ou companheiro(a) é absoluta, sem possibilidade, em regra, de retratação ou impugnação.

5. DO REGISTRO CIVIL DA CRIANÇA HAVIDA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL “CASEIRA”

40. O Provimento 149/2023 do CNJ institui o Código de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça e permite, expressamente, o registro de criança havida por técnica de reprodução assistida por casal homoafetivo, conforme dispõe o art. 512, §2º.

41. Dentre os documentos necessários para o registro e emissão da certidão de nascimento de criança havida por técnica de reprodução assistida, determina o art. 513, II, a necessidade de apresentação de declaração, com firma reconhecida, de diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana assistida em que realizada a inseminação artificial.

42. Contudo, a despeito da exigência da apresentação do documento do art. 513, II, não se verifica, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao registro de filiação realizada por meio de procedimento sem acompanhamento médico, chamada inseminação artificial “caseira”, ou “autoinseminação”.

43. Ao contrário, a interpretação do art. 1.597, V, do CC/2002, à luz dos princípios que norteiam o livre planejamento familiar e o melhor interesse da criança, indica que a inseminação artificial “caseira” é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6. DO RECURSO SOB JULGAMENTO

44. No particular, é incontroverso que: (I) as requerentes convivem em união estável, tendo sido lavrada escritura pública de união homoafetiva em 11/12/2018; (II) S S D foi fecundada sem conjunção carnal, mediante a utilização de gametas doados por um terceiro, ao que denominaram “inseminação artificial caseira”; e (III) houve consentimento da requerente S F DE M a respeito da implantação dos gametas de terceiro por S S D, tanto é assim que ambas figuram no polo ativo da demanda, requerendo, em conjunto, o registro da maternidade de J por S F DE M.

45. Assim, verifica-se o preenchimento de todos os requisitos do art. 1.597, V, do CC/2002 na hipótese, viabilizando-se a presunção de maternidade de J por S F DE M.

46. Registra-se que deve ser respeitado o planejamento familiar realizado pelas requerentes, que convivem em união estável desde 2018 e, no curso da união, planejaram a gestação de J com todo o cuidado necessário, ainda que realizado por meio de técnica de inseminação “caseira”.

47 Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois a criança já conta com mais de dois anos de vida e, ao que se sabe, convive com as duas mães recorrentes, em uma família homoafetiva muito planejada.

48. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática já consolidada, seja no tocante ao preenchimento dos requisitos do art. 1.597, V, do Código Civil, seja no tocante à expressa previsão legal de proteção do Estado ao livre planejamento familiar e ao melhor interesse da criança, chegasse à conclusão de que deve ser reconhecida a dupla maternidade de J.

49. Assim, é de ser reconhecido o direito das requerentes de ter o registro de nascimento da filha planejada no curso da união estável homoafetiva, pois não cabe ao Estado interferir no planejamento familiar, mas, sim, protegê-lo.

50. Logo, na situação examinada, tendo em vista o preenchimento simultâneo dos requisitos do art. 1.597, V, do Código Civil, deve-se dar provimento ao recurso especial, para o fim de reconhecer a maternidade de J pela requerida S F DE M, determinando-se o correspondente registro no assento de nascimento da criança, dispensando a necessidade de apresentação do documento exigido no art. 513, II, do Provimento 149/2023 do CNJ.

7. DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

51. Diante da análise do mérito pela alínea “a” do permissivo constitucional, fica prejudicado o exame da divergência jurisprudencial alegada.

8. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, *CONHEÇO* e *DOU PROVIMENTO* ao recurso especial, para autorizar o registro da maternidade de S F DE M e seus ascendentes no assento de nascimento de J, dispensando-se a necessidade de apresentação do documento exigido pelo art. 513, II, do Provimento 149/2023 do CNJ, com seus jurídicos e legais efeitos.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0136744-9

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 2.137.415 / SP

Número Origem: 10122256020228260003

PAUTA: 15/10/2024

JULGADO: 15/10/2024

SEGredo DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: S S D

RECORRENTE: S F DE M

ADVOGADO: ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONÇA - SP167704

RECORRIDO: NÃO CONSTA

INTERES.: I B DE D DE F I - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: RODRIGO DA CUNHA PEREIRA - MG037728

MARIA BERENICE DIAS - RS074024

RONNER BOTELHO SOARES - MG117094

INTERES.: I B DE D C I - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO - RJ041245

JOÃO QUINELATO DE QUEIROZ - RJ188831

VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR - RJ163045

HELOISA HELENA GOMES BARBOZA - RJ028044

ASSUNTO: REGISTROS PÚBLICOS - Registro Civil das Pessoas Naturais - Reconhecimento de Paternidade/Maternidade Socioafetiva

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONÇA, pela parte RECORRENTES: S S D e S F DE M

Dra. MARIA BERENICE DIAS, pela parte INTERES.: I B DE D DE F I

Dr. VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR, pela parte INTERES.: I B DE D C I

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TERCEIRA TURMA, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Promotores de Justiça substitutos tomam posse no MPRJ

Os 37 candidatos aprovados no XXXVII Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) tomaram posse, no dia 07/10, como Promotores de Justiça substitutos. A cerimônia, realizada no auditório principal da instituição, contou com a presença do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, de membros do MPRJ e do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), de representantes da Defensoria Pública, do Tribunal de Contas do Estado e da Assembleia Legislativa, além de familiares dos empossados.

Luciano Mattos compôs a mesa de abertura ao lado do Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins, da Decana do Conselho Superior da instituição, Katia Aguiar Marques Selles Porto, do Presidente da Fundação Escola Superior do MPRJ (Femperj), Sávio Bittencourt, do Defensor Público-Geral em exercício do Rio de Janeiro, Marcelo Leão, do Presidente do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RJ), Rodrigo Melo do Nascimento, e da Deputada Estadual Tia Ju, representando o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado (Alerj), Rodrigo Bacellar, entre outras autoridades.

Em seu discurso de boas-vindas aos novos membros da instituição, o PGJ agradeceu a dedicação de toda a equipe organizadora do concurso e desejou boa sorte aos empossados. "É uma grande alegria recebê-los no MPRJ e acreditamos que a sua chegada representa um avanço para a sociedade fluminense, diante da magnitude da atuação ministerial e de seu papel para a sociedade, sempre atuando em busca do bem-estar social e em defesa do regime democrático e dos direitos individuais dos cidadãos. Desejo a todos uma brilhante caminhada dentro do MP, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa", afirmou Luciano Mattos.

Escolhida para fazer o discurso de posse em nome dos empossados, a Promotora de Justiça substituta Marcela Becker Atherino, primeira colocada no concurso, destacou: “essa é uma conquista de todos os que estão aqui presentes, que nos auxiliaram na caminhada até aqui. Gostaria de agradecer, também, à Comissão do Concurso e à Banca Examinadora, que conduziram todo o processo com justiça e imparcialidade. Todos os aprovados estarão prontos para encarar um grande desafio, assumindo o compromisso com as vidas das pessoas, que estão esperando respostas. Tenho certeza de que todos os empossados lutarão contra a discriminação, a desigualdade, o machismo e o racismo em nossa sociedade. Que este seja o início de muitos anos dedicados à justiça e à realização do bem comum”, afirmou Marcela.

A cerimônia contou com as presenças do ex-Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, do Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, Eduardo Lima Neto, da Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais, Ediléa Cesario, do Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais, Roberto Moura, da Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, Ana Cristina Lesqueves Barra, do Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça e Coordenador-Geral de Atuação Coletiva Especializada, David Faria, do Secretário-Geral do MPRJ, Roberto Góes, do Ouvidor do MPRJ, Augusto Vianna, da Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-1), Marise Costa Rodrigues, do Promotor de Justiça do MPMG, Emilio Carlos Mauter, e da Diretora Administrativa E Financeira da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do MPRJ e da Defensoria Pública (Sicoob Coomperj), Mary Virginia Northrup.

Tomaram posse como Promotores de Justiça substitutos Amanda Vasconcelos de Almeida Alves; Ariane Parreira de Faria; Arthur Keskinof Zanfelize; Bruno Humelino de Oliveira; Caio Senise Amorim Nunes da Silva; Daniella Pereira David; Débora Marinho Marreiros da Costa; Eduardo Telles Reis; Felipe Vargas Sampaio dos Santos; Gabriella Christina Ammar de Sousa; Guilherme Abramovitch May; Gustavo Leme; Isabela Bayma de Almeida; Isabela Trivino Ribeiro; João Vitor Salvador de Souza Moutinho; João Zacharias de Sá; José Francisco Russo Walter; Laíla Antonia Olinda de Magalhães Nascimento Santos; Leonardo de Oliveira Lopes; Leonardo Goulart Magalhães; Livia Gasparoni Lira; Luísa Machado Gonçalves; Luiz Carlos de Assis Junior; Marcela Becker Atherino; Marcus Tulio Aversari Cavalcante; Maria Gabrielle Celestino Dias; Pablo Ricardo Campos dos Reis; Paula Nobre de Souza Pinto Vieitas; Rafaela Kasper Braghini; Raquel Corrêa Gonçalves Bragança; Renan Chagas Reis; Samuel de Carvalho Gerchenzon; Sérgio Henrique Santana; Sílvia Missano Costa; Stephanie Moledo Benevides Carvalho; Victor Cypriano Corrêa e Vitor do Nascimento Costa.



Discurso do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos

Posse dos Promotores de Justiça Substitutos do XXXVII Concurso

Agradecimento especial ao Conselho Superior do Ministério Público, à Comissão de Concurso, à Coordenação Executiva, à Banca Examinadora, VUNESP, e a todos os membros e servidores que contribuíram com a realização do concurso.

No aclamado e premiado filme “Menina de Ouro”, o personagem interpretado por Morgan Freeman afirma que “se existe magia em lutar além dos limites da resistência, esta é a mágica de arriscar tudo por um sonho que ninguém enxerga, só você”. Reflexões sobre a trajetória de luta em busca dos nossos sonhos são direcionadas, principalmente, a tudo o que passamos entres os pontos de partida e o de chegada.

Este momento de celebração, sem dúvidas, é aquele de que todos mais se lembrarão, ficando vivo em mentes e corações. Afinal, é o momento da realização, dos sorrisos e dos aplausos. É o momento de tirar o fôlego.

Mas quem alcança um sonho, como vocês, bem conhece tudo que há entre o começo e o fim: a trajetória, as abdições, as dores, a persistência, enfim, tudo o que fizeram nesse longo percurso enquanto estavam sós e, de forma silenciosa, construíram os alicerces de uma conquista que mudará sua história.

A vida só pode ser compreendida olhando para trás, mas só pode ser vivida olhando para frente. É nessa perspectiva que não somente dou as boas-vindas aos novos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como exorto os novos colegas a compreenderem a importância da Instituição e o seu papel para a sociedade, pois, a partir de hoje, a busca pessoal por esse momento de triunfo e realização reveste-se de caráter

coletivo, quando o cumprimento do sonho e o regozijo da felicidade passam a refletir-se na busca do bem-estar social, em cumprimento ao chamado constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Fica evidente, portanto, a responsabilidade oriunda da ordem jurídica, mas, principalmente, fica nítida nossa responsabilidade com o cidadão comum: primeiramente, no que diz respeito aos deveres inerentes ao cargo, e, de forma mais ampla, em relação ao que é esperado de cada um de nós como agentes de transformação e reparação social.

A importância da nossa atuação pode ser analisada sob diferentes aspectos. Inicialmente, sob a perspectiva de justiça, que se desdobra na garantia de condições equitativas para todos os indivíduos, na perspectiva da justiça social e da proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis, o que reforça a ideia de que o conceito de justiça não se restringe à mera aplicação da lei.

Sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, o Ministério Público tem o dever de zelar pela pessoa humana em sua essência e nas suas distintas formas de projeção na realidade. Na perspectiva das estruturas estatais de poder, finalisticamente comprometidas com a realização desse objetivo, não deve compactuar com abusos de poder e, acima de tudo, deve buscar fazer com que a concepção de moralidade efetivamente oriente a atuação estatal.

No que concerne à democracia e à cidadania, a Instituição deve buscar insistentemente a construção de uma cidadania plena, que se projete não só na participação política, efetiva, não meramente semântica, mas na plena salvaguarda das liberdades individuais e na fruição dos direitos prestacionais de estatura constitucional. Para tanto, deve ser sempre promovida a participação dos cidadãos em assuntos públicos, de modo a educar e a mobilizar a sociedade civil, o que contribui para a formação de um espaço de reivindicação de direitos e, consequentemente, uma democracia mais sólida.

Sob o prisma da ética e da responsabilidade, o Ministério Público, como ator na busca pelo referencial mais amplo de justiça, deve agir com integridade, não apenas para que alcance o que é justo, como também para que seja um paradigma a ser seguido, o que certamente tangencia o ideal democrático, pois o regime democrático se fortalecerá a partir da confiança nas instituições.

Além desses elementos fundamentais para a atuação do Promotor de Justiça, também é necessário ter em mente os crescentes desafios decorrentes das disrupturas tecnológicas, que ampliam os mecanismos utilizados para a prática de ilícitos e são terreno fértil para tensões sociais em um mundo já profundamente marcado pela pós-verdade.

Há de se considerar, ainda, o crescimento do crime organizado entre nós, que apresenta elevado poderio econômico, minando as instituições e se apoderando de grandes setores da economia e das próprias estruturas do Estado. O resultado é uma sociedade mais vulnerável, o que exige ações articuladas para a repressão qualificada da criminalidade, isto sem olvidar o aperfeiçoamento da normativa existente. Para a realização desse objetivo, é imprescindível dedicação e trabalho conjunto para que se vá além da repressão direta, com o desenvolvimento de um trabalho de inteligência que seja capaz de identificar os caminhos do dinheiro, impedindo que as organizações se refinanciem e perpetuem esse ciclo.

Para além dos problemas que se apresentam no presente, é necessário ter em vista aquilo que se espera do futuro. Sob o prisma da ideia de legado, deparamo-nos com a concepção de Estado de Direito Sustentável, que se traduz na busca não somente da manutenção do Estado de Direito, mas na construção de um padrão de sustentabilidade com

base nos pilares econômico, ambiental e social, visando, dessa forma, ao equilíbrio entre a exploração dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente e o respeito à dignidade humana. Em outras palavras, sustentável significa manter ou evoluir sem descaracterizar.

Em seu texto original, nossa Constituição Federal não previa explicitamente, sob essa perspectiva, o conceito de sustentabilidade, situação que se alterou, principalmente no passado recente, por iniciativa do poder reformador, que priorizou as dimensões fiscal e econômica da ação estatal, por meio de regras e princípios claramente definidos, dos quais exsurge o princípio de sustentabilidade.

Portanto, é essencial compreendermos o direito de modo a garantir o êxito de um pacto intergeracional, precipuamente em matérias como meio ambiente, educação e previdência social, de modo que as gerações atuais não comprometam aspectos fundamentais das gerações futuras, a começar pela sua qualidade de vida.

É com os olhos voltados para o passado, repleto de ensinamentos, e para o futuro, no qual residem nossas aspirações mais elevadas, que desejo uma brilhante caminhada a todos e a todas, para que, juntos, continuemos a contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Sejam muito bem-vindos!



Discurso da Dra. Marcela Becker Atherino representando os empossados

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza,

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral do Ministério Público, Dr. Ricardo Ribeiro Martins,

Excelentíssimos Senhores Conselheiros e Excelentíssimas Senhoras Conselheiras do Conselho Superior do Ministério Público,
Demais membros e autoridades presentes,
Ilustres familiares, amigos e amigas,
Queridos colegas, boa tarde.

Há momentos em que a vida nos surpreende e nos coloca diante de desafios inesperados. Justamente quando acreditava ter superado a etapa que, para mim, foi a mais difícil do concurso – a das provas orais – o destino me reservou uma missão ainda mais desafiadora: representar esse querido grupo de 37 novos Promotores de Justiça substitutos perante uma plateia que, além de maior, carrega consigo o peso da história de cada um dos empossados e a nobreza de sua importância.

Mas, diferentemente da prova oral, hoje é um dia de celebração. Um dia em que fechamos um ciclo marcado por incontáveis desafios, por lágrimas, incertezas e frustrações. Mas também, marcado por muita dedicação, luta e perseverança.

Cada obstáculo superado, cada sacrifício feito nos trouxe até este momento, e ele jamais seria possível sem o apoio incondicional de vocês: familiares, amigos e amores.

Vocês que nos viram chorar, reprovar, desanimar, mas que nunca perderam a fé em nós. Vocês que respeitaram nossa ausência, suportaram nosso cansaço e abraçaram nossas fraquezas com amor e paciência. Vocês que nos deram colo, apoio e, sobretudo, a força para continuar, mesmo quando nós duvidamos da nossa própria capacidade.

Por isso, esta conquista não é apenas nossa; ela é de todos aqui presentes. Este sonho foi sonhado por cada um de vocês que estiveram ao nosso lado e, por isso, nosso mais profundo e sincero agradecimento por nunca terem deixado de acreditar que este dia chegaria.

Gostaria, ainda, de expressar nossa gratidão à Comissão de Concurso e à banca examinadora, que, com rigor e transparência, conduziram este processo seletivo, garantindo que, ao longo desses meses intensos, tudo transcorresse com justiça e imparcialidade, assegurando que estamos aqui por mérito e preparo.

Aos meus queridos colegas, devo dizer que, embora o estudo para concursos seja um caminho solitário, foi conhecendo cada um de vocês nas etapas finais que encontrei leveza e tranquilidade. Dividimos juntos angústias, medos, muitos resumos e noites intermináveis de treinos para as provas orais e fomos seguindo até a concretização desse sonho.

Éramos mais de 5 mil candidatos, hoje somos 37. 37 famílias, 37 histórias, 37 batalhas. Somos cariocas, paulistas, paraibanos, sergipanos, mineiros, gaúchos, quase baianos. Somos pais, filhos, irmãos e, conhecendo cada um de vocês posso afirmar com confiança que estou diante de profissionais excepcionais, que não apenas superaram um dos concursos mais difíceis do Brasil, mas que também estão prontos para encarar um dos desafios mais nobres e exigentes da nossa sociedade.

No entanto, o ciclo que hoje se encerra marca o início de uma nova e desafiadora jornada. Agora, como membros do Ministério Público, toda a dedicação e disciplina que aplicamos nos estudos devem ser redirecionadas ao nosso trabalho diário. O compromisso que assumimos hoje com a sociedade vai além do conhecimento técnico. Ele nos exige integridade, ética e, sobretudo, sensibilidade. Estamos aqui para fazer justiça, e isso requer que lidemos com as complexidades da vida real, em que nossas ações impactam diretamente

a vida das pessoas. Não podemos esquecer que por trás de cada processo há uma pessoa, uma família, uma vítima esperando uma resposta para conseguir seguir em frente em sua vida.

E neste ponto, jamais devemos perder de vista a humildade. A nossa função é de enorme responsabilidade e, por isso, sempre devemos lembrar que somos servidores do povo. Nosso trabalho deve refletir o compromisso com aqueles que mais precisam de um ministério público forte e independente: as minorias, os vulneráveis, os invisíveis, os que muitas vezes estão à margem da sociedade.

Que nunca nos falte o respeito, a empatia e o compromisso com a verdade e com a ética em nossa atuação.

Nunca esqueçam como foi difícil chegar até aqui.

Hoje, inicia-se nossa luta contra realidades profundamente enraizadas em nossa sociedade, contra a discriminação, a desigualdade social, o racismo, o machismo e tantas outras formas de injustiça. O nosso papel como Promotores de Justiça não se limita à aplicação fria das leis. Ele carrega a responsabilidade da transformação social e de lutar por uma sociedade onde os direitos fundamentais sejam garantidos para todos, sem exceção.

Cada ação que tomarmos deve refletir o ideal de uma justiça que combate privilégios, preconceitos e que promove a equidade e a dignidade humana.

Muitas vezes ouvimos que as pessoas escolhem a carreira pública em busca de estabilidade, remuneração ou reconhecimento. E, embora essas sejam questões importantes, não foram esses os motivos que nos trouxeram até aqui. Perguntei aos meus colegas qual a principal razão que os levou a escolher o Ministério Público, e as respostas, apesar de variadas em suas formas, convergiam em essência: o desejo de servir à sociedade e de fazer a diferença na vida das pessoas.

Com isso, posso afirmar com convicção: estamos ingressando na instituição certa. O Ministério Público, erguido pela Constituição Federal de 1988 como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem a nobre missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para cumprir essa missão, nos foram conferidos instrumentos que, se usados com sabedoria e equilíbrio, podem provocar mudanças profundas na realidade social.

O Ministério Público é mais do que um órgão de atuação judicial. A verdadeira essência de sua função está na capacidade de resolver conflitos de forma extrajudicial, usando métodos adequados que priorizam a solução consensual e célere.

Exemplos recentes mostram a atuação resolutiva do Ministério Público do Rio de Janeiro, impactando positivamente a vida de milhares de cidadãos. Destaco o acordo com o DEGASE, que previne a violência institucional contra adolescentes internados, apurando e punindo casos de maus tratos e tortura, preservando a integridade desses jovens.

No campo judicial, o MPRJ também se faz presente, como no Tema 698 do STF, originado de uma ação que garantiu o controle de políticas públicas em serviços de saúde deficientes, fundamental para a população que mais depende do SUS. Ainda na segurança pública, a atuação na ADPF 635, focada na redução da letalidade policial, reforça o compromisso da instituição com a vida e a dignidade nas comunidades.

Esses exemplos não esgotam o trabalho incansável do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que luta pela proteção dos direitos fundamentais, pela defesa das vítimas e pelo combate à discriminação.



Hoje, assumimos o compromisso de continuar essa missão, honrando o legado dos que nos antecederam e dedicando-nos a transformar a realidade.

Muito obrigado a todos pela atenção e pela presença neste momento tão especial. Que este seja apenas o início de muitos anos dedicados à realização da justiça e do bem comum.



ARGUIÇÃO DESCUMP. DE PRECEITO FUNDAMENTAL 635
Supremo julga ação que trata da letalidade policial no Rio

MPRJ apresenta ao STF atuação da instituição no âmbito da ADPF-635

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), através do Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, sustentou, no dia 13/11, perante o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), as medidas adotadas pela instituição para o cumprimento das determinações da Corte no âmbito da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada em 2019 pelo Partido Socialista Brasileiro, para reduzir a letalidade policial no estado do Rio de Janeiro, a ADPF-635, também conhecida como ADPF das Favelas.

“O tema segurança pública é prioritário no MPRJ e, imediatamente após tomarmos conhecimento do teor da ação, criamos uma estrutura com diversos Promotores de Justiça que se debruçaram na temática para cumprirmos, de forma integral, todas as determinações. Entre as medidas adotadas, criamos um Grupo Temático Temporário para acompanhar as determinações da ADPF; um plantão de atendimento 24 horas para receber denúncias de possíveis casos de violência e abusos de autoridade cometidos durante operações policiais; uma Coordenação de Segurança Pública; um Núcleo de Apoio às Vítimas e um painel de monitoramento das operações. Mas vale ressaltar que, mesmo antes da proposição da ação, já existiam iniciativas do MP, responsável pelo controle externo da atividade policial, para garantir que as operações de segurança seguissem trâmites legais, como a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta, onde já estava prevista a instalação de câmeras corporais nos uniformes dos agentes de segurança e nas viaturas, e a utilização de ambulâncias para o socorro de possíveis vítimas”, destacou o PGJ em sua argumentação.



Luciano também defendeu uma regulamentação nacional sobre o tema e acesso aos dados de segurança. “Para o cumprimento desse dever tão relevante, que é o controle externo da atividade policial, se faz necessário um conjunto de regras legais e normativas que deem segurança às iniciativas do MP. Através dos mecanismos internos que criamos, conseguimos exercer e cobrar das autoridades o cumprimento das determinações e já houve uma redução da letalidade. Mas, para o MP exercer seu papel, é fundamental ter acesso aos dados das investigações. Precisamos ter acesso integral a dados e microdados das investigações para falarmos de segurança de forma concreta, e não a partir de estudos e levantamentos. Além disso, chegamos à conclusão de que é melhor encerrar o termo ‘excepcionalidade’ previsto na ADPF porque houve, após as determinações do STF, um crescimento de operações e redução de letalidade, além da incerteza da terminologia do que seria ‘excepcional’. Também defendemos a posição de que não haja afastamento imediato do policial envolvido em casos de letalidade, mas que o mesmo seja monitorado e avaliado”, destacou.

O julgamento teve início com a apresentação do relatório do relator da ADPF, Ministro Edson Fachin. “Durante a fase de instrução, tivemos a presença ativa do MPRJ com diversas iniciativas e ações relacionadas ao controle externo da atividade policial. Dados da instituição apontam que, no ano de 2023, houve uma redução de cerca de 52% dos índices de letalidade policial em comparação a 2019”, afirmou o ministro.

A seguir, os ministros convidaram para as suas argumentações o advogado do PSB, Daniel Sarmento, o Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Renan Miguel Saad, e o PGJ. Até o final do dia, usaram a tribuna do plenário para se manifestar representantes da Defensoria Pública e da sociedade civil. A data do julgamento em plenário ainda será marcada pelo presidente do STF, ministro Luís Roberto Barroso.



Histórico de atuação

A argumentação de Luciano Mattos teve como base um estudo realizado pelo MPRJ que identificou que, entre 2021 e 2024, o aumento de operações policiais não resultou em maior letalidade. Os estudos foram desenvolvidos pela Gerência de Análises, Diagnósticos e Geoprocessamento (GADG/MPRJ), que tem por objetivo acompanhar a evolução das operações e seus resultados, desde a vigência da ADPF.

Desde a sua criação, em 2021, o plantão de atendimento 24 horas recebeu diversas denúncias, devidamente repassadas para as Promotorias de Justiça com atribuição. A partir dessa atuação, foram elaboradas 229 Notícias de Fato de possíveis violações de direitos fundamentais supostamente perpetradas por agentes de segurança do Estado durante operações policiais.

Ainda a partir da atuação do plantão e do GTT ADPF 635, com a interlocução com órgãos de comando e controle das forças de segurança pública, por meio de diversos contatos e reuniões, foram procedidos os seguintes atos para aprimoramento da comunicação das operações policiais em cumprimento à ADPF 635: edição de Instrução Normativa da PM para aprimoramento da comunicação ao MPRJ das operações policiais militares; comunicação automatizada para secretarias de Educação e de Saúde; comunicação não apenas das operações policiais, mas também das ações policiais em áreas sensíveis (comunidades); e implementação de sistema para aprimoramento da comunicação ao MPRJ das operações policiais civis.

Foi criado o Pannel de Monitoramento de Operações Policiais, desenvolvido pela equipe da GADG/MPRJ, alimentado por informações da Polícia Civil e da Polícia Militar e que trata os dados relacionados à atuação das corporações, especialmente na questão

da letalidade policial, mortes decorrentes da atuação de agentes do estado e mortes de agentes e policiais feridos. Entre 2021 e setembro de 2024, foram registradas pelo painel 3.963 operações policiais.

Também foi firmado, em julho de 2024, um protocolo de atuação conjunta com as forças de Segurança e as Secretarias Estadual e Municipal de Educação para amenizar o impacto das operações policiais e episódios de violência armada na vida das comunidades escolares e no aprendizado dos alunos, também atendendo à determinação do STF na ADPF 635. Em julho de 2024, foi firmado Protocolo Conjunto, subscrito pelas Secretarias de Estado de Polícia Militar, de Polícia Civil e Educação e pela Secretaria Municipal de Educação do Rio de Janeiro, para adotar medidas de mitigação de riscos à comunidade escolar por ocasião da realização de operações policiais, bem como fomentar políticas de reposição pedagógica e de segurança alimentar às comunidades escolares que tenham dias letivos suspensos por episódios de violência armada, envolvendo ou não agentes do Estado.

Além disso, foi acordada e implementada a presença de um integrante da SME-Rio no Centro Integrado de Comando e Controle (CICC/PMERJ), para o monitoramento constante dos desdobramentos da operação, e são realizadas reuniões mensais com representantes da comunidade escolar e das forças de segurança para acompanhar as ações e seus impactos, de forma a aperfeiçoar a atuação policial e mitigar os impactos nas comunidades escolares atingidas.



MPRJ realiza entrega do Colar do Mérito e da Medalha Annibal Frederico de Souza

O MPRJ realizou, em 13/12, no auditório do edifício-sede, a entrega do Colar do Mérito do MPRJ, maior honraria concedida pela instituição. A data também marca a entrega da Medalha Annibal Frederico de Souza e da premiação Ideias Inovadoras. A solenidade é realizada em homenagem ao Dia Nacional do MP, comemorado em 14/12.

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, disse que os agraciados simbolizam o compromisso com os valores democráticos, o diálogo interinstitucional, a dedicação e o esforço diário para que a instituição cumpra sua missão constitucional. Em seu discurso, o PGJ lembrou dos desafios e conquistas à frente da instituição nos últimos quatro anos: a pandemia de Covid-19, a consolidação do trabalho remoto, o fortalecimento do controle externo da atividade policial, a modernização administrativa, o fortalecimento das relações institucionais e, principalmente, o esforço pela construção da unidade institucional.

“A força do Ministério Público reside nessa unidade construída a partir da diversidade. Aprendemos que o respeito que a instituição inspira é o que consolida a sua força. Quando cada membro e cada servidor se reconhece como parte de um todo maior, contribuindo para o objetivo comum, o MP se torna mais forte, mais coeso e mais eficiente. Essa unidade é o que nos permite enfrentar desafios com resiliência e preservar a confiança da sociedade brasileira”, disse Luciano Mattos, que finalizou: “Esse é um dia especial para o Ministério Público e honroso para mim, encerrando este ciclo de quatro anos à frente da Procuradoria Geral de Justiça. Agradeço toda a parceria”.



Foram agraciados com o Colar do Mérito: Luiz Edson Fachin, Ministro do Supremo Tribunal Federal; Antônio Edílio Magalhães Teixeira, Conselheiro Nacional do Ministério Público; Fernando da Silva Comin, Conselheiro Nacional do Ministério Público; Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, Corregedor-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Daniel Bucar Cervasio, Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro; Juíza Eunice Bitencourt Haddad, Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ). Também foram agraciados, mas não puderam comparecer, o Ministro do STF, André Luiz de Almeida Mendonça; o Procurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco; o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco; e Tarcísio José Sousa Bonfim, Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Entre os membros do MPRJ, receberam o colar Roberto Moura Costa Soares, Viviane Tavares Henriques, Augusto Vianna Lopes, Carla Rodrigues Araujo de Castro, Celso de Andrade Loureiro, Walter de Oliveira Santos, Bernardo Vieiralves Martins, Cristhiane Barradas Zeitone, Átila Pereira de Souza, Fabio Corrêa de Matos Souza, José Marinho Paulo Junior, Eduardo Moraes Martins, Isabela Jourdan da Cruz Moura, Fernanda Camara Torres Sodré, Marcia de Oliveira Pacheco, Tatiana Kaziris de Lima Augusto Pereira, Patricia Costa dos Santos e Paulo Rabha de Mattos.

O Ministro Edson Fachin, Vice-Presidente do STF, discursou em nome dos homenageados. Ele agradeceu a homenagem, enalteceu a interlocução permanente e republicana com o Ministério Público do Rio e celebrou a defesa da democracia. “Concluo dizendo que a manhã de hoje, no sentido destas homenagens, tem a defesa das instituições



e da legalidade democrática. É um tempo não só de indicar as mazelas que devem ser vistas e enfrentadas, mas também de celebrar as conquistas institucionais, a defesa das instituições, a defesa da própria democracia. E voltando ao vocábulo mérito, se as conquistas vêm por mérito, o que conquistamos vem pelo serviço, pois nosso serviço deve ser um bem essencial prestado à população, sobretudo aquela mais necessitada”, disse Fachin.

A medalha Annibal Frederico de Souza foi entregue para os servidores Alan Cerqueira Carreira, Alessandra Serpa Sad, Amanda Penha Clemente, Ana Paula de Oliveira, Carlos Henrique Nascimento, Cícero José Franzen Júnior, Cristiane Spêdo de Freitas, Fabiane Andrade Matos, Lucia Rodrigues Delgado, Marcio Alexandre Carvalho, Marco Aurélio Braga Filho, Maria Eugênia de Mattos, Pedro Oliveira Py, Roberto de Souza Junior, Sandro Colonese, Simone Cristina de Castro, Simone Guedes Leite, Sonia Batista Melo e Tatiana Póvoas Aché Cordeiro.

Ao final do evento foram anunciados os vencedores do prêmio MPRJ Ideias Inovadoras, que tem como objetivo estimular novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. O vencedor foi o “Sistema Integrado Para Gestão de Não Persecução Penal (SIGANPP)”, tendo recebido o prêmio o servidor Celso Levy Ferreira. Em segundo lugar, a ideia “Readaptação Funcional Humanizada”, com o servidor José Ricardo Marques. Em terceiro lugar, ficou a solução “OECPJ Mobile”, recebido pelos servidores Ricardo da Paz Borges, Cristiane Domingos, Renata Ierusalimiski e Cinthya dos Reis Santos. O evento contou com apresentação musical do Quarteto de Cordas da Orquestra Sinfônica Brasileira.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÕES ESTRUTURAIS PRIORITÁRIAS

125, 127, 135, 137;

ARTE

255-259, 262, 264-269;

ATIVISMO JUDICIAL

221-224, 227-229;

AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS

147-149, 153, 154, 158-164, 166, 170;

CLÁUSULAS ATÍPICAS

195-196, 211-212, 215-218;

CÓDIGO CIVIL

24-27, 32-33, 38, 108, 239-243;

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

173, 175, 188, 190, 192;

CRIME CONTINUADO

47-49, 53-55;

CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA

147, 160, 162-163, 166, 170-171;

DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

308-311, 315;

DELITOS DOLOSOS CONTRA A VIDA

47, 49;

DIREITOS FUNDAMENTAIS

51, 55, 57-64, 68-71, 75-77, 79, 82-85, 99, 125-127, 130-132, 134-138, 141-142, 199, 206, 208, 222, 225, 229, 238-241, 290, 292, 300, 311, 322, 324-327, 341, 375, 384, 392-393, 399, 413, 419, 428;

DISCURSO DE ÓDIO

317-318;

ESTUDO FILOSÓFICO

247;

FINITUDE HUMANA

247, 251;

FREUD

255-267, 269;

FUNDO CLIMA

374-376, 378-381, 383-386, 387-394, 400-408;

HABEAS CORPUS

85, 222, 296, 333, 336-339, 346, 348-349, 361-363, 365, 367-371;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

195-210, 213, 215, 217, 433, 436, 438-445;

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

19-22, 30, 37-41;

INFAMILIAR

255-264, 269;

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

57-59, 64, 67-70, 387;

INTERNET

58-63, 291, 302, 315-319, 327, 412, 418, 426-427;

INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL

147-148, 150, 163, 166, 168, 170;

LACAN

255-258, 264-270;

LEGALIDADE

76, 78, 81-82, 94, 99, 147, 150-156, 159, 162-163, 166, 168, 170, 173-182, 184-185, 187-189, 192, 206, 212, 214, 217, 239, 340, 381, 393, 405, 413-414, 418, 420, 427-429;

LEI 9.455/97

93, 95-100;

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

62, 78, 317-318, 324-327;

LICITAÇÕES

173, 189-190, 192;

LINDB

104, 111, 173-177, 179-180, 183-184, 188-192, 438;

LINGUAGEM

107, 185, 228, 262, 267, 275-283, 303;

MANÉ VITO

275-276, 279-283;

MEIO AMBIENTE

80, 107, 129, 190, 241, 374-385, 387-395, 397-400, 402-408;

MINISTÉRIO PÚBLICO

129, 131, 136, 194-210, 216-218, 222, 235, 255, 289, 292-293, 295-297, 304, 307, 309-313, 317-320, 322-325, 328, 338, 336, 338, 345-348, 359-365, 369-370, 373, 377, 381, 392, 395, 402, 408, 411, 416, 421, 424, 430, 433, 45, 437-438, 445;

MINORIAS

225, 235-238, 344;

ONU

64, 94, 167, 237, 345, 355;

PATRIMÔNIO PÚBLICO

195-199, 202, 206-212, 217-218, 403;

PERSONALIDADE JURÍDICA

19-31, 33-34, 37, 40-41;

POLÍTICA

52, 55, 57-58, 69, 71, 80-83, 90-92, 99,
104, 121, 128-130, 133-139, 141-143, 154,
176, 221-229, 236, 252, 282, 291-292, 306,
315-322, 324-326, 374, 379, 384, 386, 389,
393, 396, 400, 403-404, 407, 468;

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

195-199, 201, 204-205, 209-210, 215-218;

PROPORCIONALIDADE

51, 53-55, 75-78, 81-87, 89-90, 97-100,
147-148, 150, 163, 165-166, 168, 170, 175,
179, 190, 208, 214, 238, 393-394, 414,
419-420, 428-429;

PROVA

35, 94, 163-164, 198, 212-214, 241, 261,
296, 337-344, 346, 349-350, 353, 357,
360, 362, 411-412, 414-430, 438, 444,
472;

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

103-104, 119-120, 122;

SEGURANÇA PÚBLICA

57-61, 63-71, 130, 141, 356-357, 404;

SUBLIMAÇÃO

255-258, 264, 266-269;

TECNOLOGIA

57, 59, 61, 63, 69, 121, 129, 171, 289, 300,
306, 388, 396, 404, 407;

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO ATRIBUTIVA

19, 23-24, 33-34, 37-40;

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

447, 450, 453, 455-457;

TÍTULO EXTRAJUDICIAL

447-453, 455-457;

TORTURA

75-80, 89-97, 99-100, 345, 471;

TRÁFICO

49, 80, 96-97, 149, 159, 162, 345, 406,
411-414, 417-419, 423-424, 427-428, 431;

TRATAMENTO DE DADOS

64, 66-67, 70, 289-294, 301-302, 306,
313-315;

VIOLÊNCIA

48-49, 56, 78, 80, 93-94, 98, 130, 137-138,
309, 345, 348, 351, 354-357, 367, 370.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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